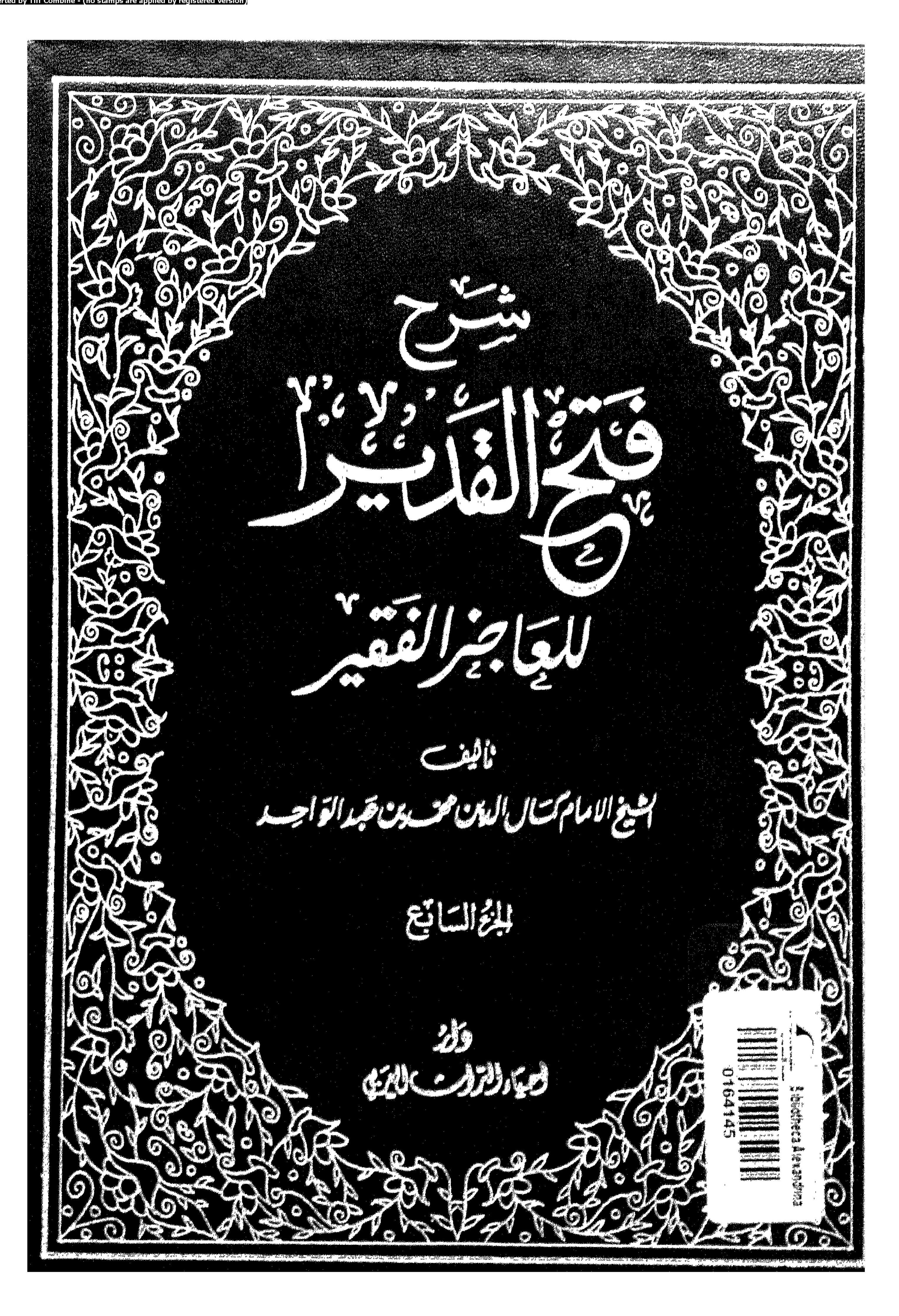

شرح
فتح القدير
للعاجز الفقير
تأليف
الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
الجزء السابع
دار
إحياء التراث العربي
Bibliotheca Alexandrina
0164145


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



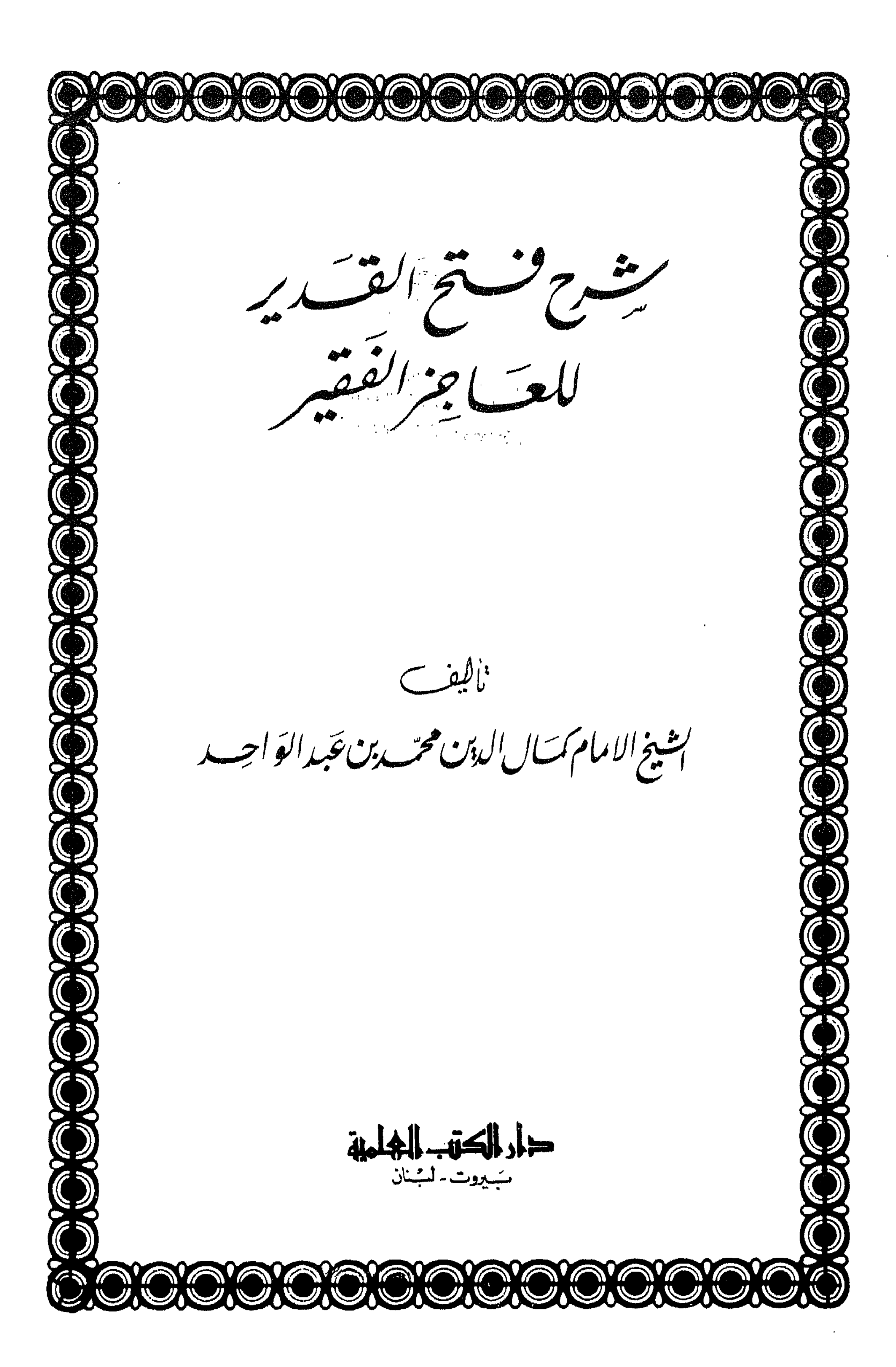






شرح فتح القدير
للعاجز الفقير





شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الجزء السابع





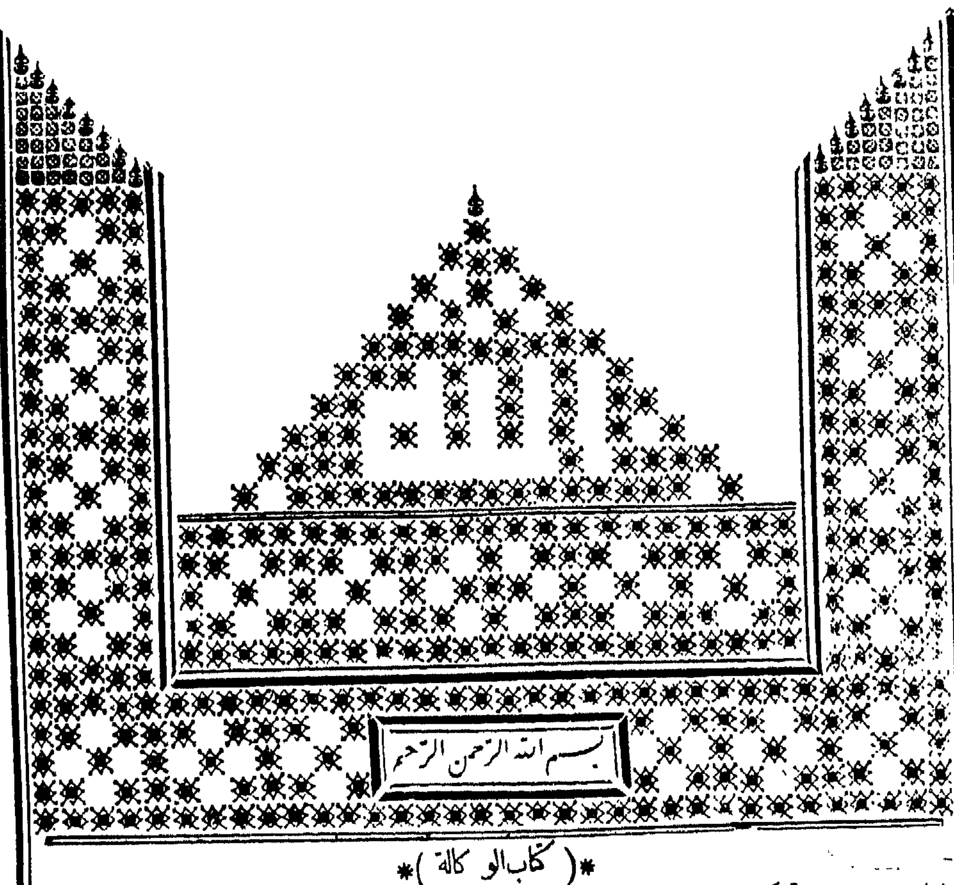
(الجزء السابع)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
فى كشف الرموز والاسرار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى وهى تكملة فتح القدير
للمحقق الكمال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية شرح
بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى
الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر المرغينانى
الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبى حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(تنبيه آخر) قد ابتدأ صاحب التكملة فى شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح الى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها الى قول صاحب الهداية والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ فأثبتنا الكتابين تكثيرا للفائدة ومحافظة على استيفاء التكملة واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن اعادته هنا فليعلم



(كتاب الوكالة)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع فى بيان أحكام الوكالة اما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله تعالى حكاية حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة فى حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب فى المعاملات كذا فى النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فاثر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء فى بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى أقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو فى متعلق الوكالة أعنى الموكل به وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة والكلام فيها لا فى الاول والا فقد يكون التعاوض فى متعلق الشهادة أيضا كما اذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون فى نفس الوكالة التعاوض كما اذا أخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز أخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء وليس كل أحد يرضى أن يباشر الاعمال بنفسه ولا كل أحد يهتدى الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما للسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروآت ثم ان ههنا أمورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها أما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كانه فعيل بمعنى مفعول

لانه موكول اليه الامر أى مفوض اليه وأما شرعا فهى عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهى ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقى به أيضا ووكل عمر بن أم سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتى فى الكتاب وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما فى سائر المعاملات وأما ركنها فالالفاظ التى تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه روى بشر بن غياث عن أبى يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وأما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام كما سيأتى فى الكتاب وستعرفه مشروحا وأما صفتها فهى أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال فى شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا فى الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز والثانى أن الانسان جاز له أن يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها وأجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثانى بان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا على ما عرف وذلك ليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التى استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة فى الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما فى العناية أقول ولقائل أن يقول كما أن الامر بالتصرف فى ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه فى ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف فى ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة وأما المأمور بالاستقراض فان تصرف فى عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا أقرضنى عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف فى عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المأمور يصير فى هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة فى الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه فى الذخيرة بقى ههنا شئ وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسيأتى تمامه بحثه ان شاء الله تعالى وأجيب عن الثالث بان الذمى كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز

توكيل المسلم ههنا المعنى في المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك أمرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى أن قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة هذا زبدة ما في أكثر الشروح وأجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذي يجاب به توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى أقول ليس هذا بسديد أما أولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هنالك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب لما في قوله الا أنه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى أقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد ألا ترى الى صحة قولك خيرته فلم يختر وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال أصلا قال المصنف رحمه الله في تعليل جواز الوكالة فيما ذكره (لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بان كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه (فيحتاج الى أن يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) أي الانسان (بسبيل منه) أي من التوكيل (دفعا لحاجته) ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى أقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة أبدا اما للعجز واما للترفه والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أي بشراء الاضحية (حكيم بن حزام) ويكنى أبا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في أول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن زيد عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به أضحية فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة (وبالتزويج عمر ابن أم سلمة) أي وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر ابن أم سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن أبي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم

ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر ابن أم سلمة يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر ابن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوجها في سنة أربع ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله انه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر ابن أم سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام سل هذه فاخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله اني لاتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا وأقول ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك أن توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة وكأنه عن هذا قال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) أي في جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره (اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لان كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه وأما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يتمشى في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيلا) أي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل أما أنا وعنزي فعاقلان (وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضي الله تعالى عنهما اما لانه وقر عقيلا رضي الله عنه لكبر سنه أو لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها لقحما وان الشياطين تحضرها أي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا

الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء اصنع على رضي عنه وقال بعض العلماء الاولى أن يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وجوابه أن تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح أدب القاضي وذكر في غاية البيان (وكذا بايفائها واستيفائها) أي وكذا تجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (الا في الحدود والقصاص) فان الوكالة لا تصح باستيفائها أي باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس أو البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال في تعليله (لانها) أي الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أي غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن في القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أي بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي) لقوله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه ودفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته (لان الظاهر عدم الرجوع) يعني أن الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة أقول يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفي عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هنالك اللهم الا أن يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحضرة) أي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفي ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) أي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة أقول القائل أن يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود أصلا ولما استشعر أن يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء رأسا اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) اما لقلة هدايته أو لان قلبه لا يتحمل ذلك (فلو منع عنه) أي عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المصنف رحمه الله (وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المصنف هذا أي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق أي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المصنف رحمه الله ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كليته مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا

لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص أيضا أى كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب والاظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى غيبة الموكل (دون حضرته) أى هو جائز فى حضرته بالاتفاق (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه (له) أى لابى يوسف رحمه الله تعالى (ان التوكيل انابة) والانابة فيها شبهة لا محالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب) أى فى باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات (كما فى الشهادة على الشهادة) أى كالشبهة التى فى الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضى الى القاضى (وكما فى الاستيفاء) أى وكالشبهة التى فى التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أى لا حظ لها فى الوجوب ولا فى الظهور (لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق) أى باقيها لقيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة فى الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا الخلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أى من جهة من عليه (الحد) أو القصاص فاجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب قال المصنف (وكلام أبى حنيفة فيه) أى فى التوكيل بالجواب (أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع) يعنى أن التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التى ذكرت فى دليل أبى يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا (غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه) أى على موكله يعنى لو أقر الوكيل فى مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا (لما فيه) أى لما فى اقراره (من شبهة عدم الامر به) ولم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس أن يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما فى الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله وتوضيحه أنا جعلنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما فى الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح واعلم أن جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو فى حد القذف وحد السرقة وأما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يصح توكيله به نص عليه فى الكافى والتبيين (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا فى الشروح والفتاوى (الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعنى الا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير

رضا الخصم) أى يجوز ذلك عندهما فى جميع الاحوال سواء رضى الخصم أم لا وسواء كان الموكل معذورا أم لا وكان أبو يوسف يقول أولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعى رحمه الله) أيضا وفى الخلاصة والفقيه أبو الليث يفتى بقولهما وفى فتاوى قاضيخان وبه أخذ أبو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسى الصحيح عندى أن القاضى اذا علم بالمدعى التعنت فى اباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلوانى أن ذلك يفوض الى رأى القاضى وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف فى الجواز) أى لا خلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه والشافعى رحمهم الله فى الجواز حتى اذا وكل فرضى الخصم لا يحتاج فى سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة (انما الخلاف فى اللزوم) معناه اذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التاويل يكون معنى قول القدورى قال أبو حنيفة لا يجوز ذكر الجواز وأراد اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم أى لا يلزم ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا فى الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وقال وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك فى أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى أقول الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ماذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ماذهب اليه السكاكى من أن الانتقال فى المجاز من الملزوم الى اللازم وفى الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشئ أما أولا فلان لفظ المجاز لم يذكر فى تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاده من عند نفسه فى بيان التاويل المذكور وأما ثانيا فلانهم حققوا أن الانتقال فى المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ماذهب اليه السكاكى بان اللازم مالم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة فى الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا ثم قال صاحب العناية والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضى به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف فى الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثانى بعينه وليس كذلك اذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفى الاول يغاير نفى الثانى قطعا وان أراد بذلك أن الثانى هو المراد من الاول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف فى الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر فى مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور فى نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسى حيث قال فى شرح أدب القاضى ان التوكيل عند أبى حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ولكن للخصم أن يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال فى طريقة الخلاف التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله يقع لازما وذكر فى المحيط البرهانى أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبى يوسف ومحمد وقد اختلف المشايخ على قول أبى حنيفة بعضهم قالوا رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضا الخصم عنده شرط

صحة التوكيل وانما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب ذكر في شفعة الاصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب لخصومة الوكيل الا أن يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم أو غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا (لهما) أي لابي يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي في خالص حق الموكل وهذا لانه اما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه أما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها وأما الجواب فلانه اما انكار أو اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضي الديون) وقبضها وايفائها (وله) أي لابي حنيفة رحمه الله (ان الجواب مستحق على الخصم) يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل أن يثبت له عليه شئ ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير (و) ههنا ليس كذلك اذ لا شك أن (الناس متفاوتون في الخصومة) أي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من مال أخيه فلا يأخذ فانما أقطع له قطعة من نار ذكره في أدب القاضي والاسرار ومعلوم أنه لا يوكل عادة الا من هو ألد وأشد في الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أي يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما) أي أحد الشريكين (يتخير الآخر) أي يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها فكان تصرف أحدهما متوقفا على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لما كان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضا أقول فيه نظر لان أصل هذه المسألة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسألة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمناه خالصا له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى أقول فيه أيضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين أحدهما منعي لما قالاه والآخر تسليمي له فيرد حينئذ على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسألة العامة المدعاة تأمل تقف فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف أن تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق

على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتامل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لان الجواب غير مستحق) أي غير واجب (عليهما) أي على المريض والمسافر (هنالك) أي فيما اذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج أقول ههنا شئ وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق انما ينفذ في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعى فلا لان الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيما أو مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما حققته فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التاخير أشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له أن يوكل مدعيا كان أو مدعى عليه وان كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف أيضا وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أي عند أبي حنيفة (من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة) اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز ان أراد أن يخرج الى السفر لكن لا يصدق أنه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره أو يسال عمن يريد أن يخرج معه فيسال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم وأما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فان هذا صفة كاشفة للمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازي) أراد به الامام أبا بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع وأحكام القرآن واليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة وتوفي سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) اي يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث اليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها اليمين لان النيابة لا تجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة أو الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره (قال رضي الله عنه) أي قال المصنف (وهذا) أي ما قاله الرازي (شئ استحسنه المتاخرون) وفي فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكره أبو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن أبي حنيفة انها على الاختلاف أيضا وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد فاما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي كذا

في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف أي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال تذكرنا في أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ماذكرناه في الكتاب ماذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل بهذا ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة وأما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه أقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما أفاد لمية صحة التوكيل في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله أن ماذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي لا يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وأجاب حيث قال لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد ألا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره فان كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض وأما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ماذكره كله مبني على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ماعرف في النحو ومن ألفاظ العام على ماعرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ولا شك أن الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى أقول هذا أيضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ماهو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك أن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ماقبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هنالك أيضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبي حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها وهو جائز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف و يلزمه الاحكام والثاني أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد و يقصده ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف بأهلية نفسه بان يكون بالغا عاقلا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد و يقصده حاصل في الوكيل أيضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء و يقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه وأجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه أقول ما ذهب اليه صاحب الغاية ههنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله وأما قوله بان يكون بالغا عاقلا فلا مدخل له من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الاحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه ولذلك لم يصح توكيلهما كذا في أكثر الشروح قال صاحب غاية البيان القيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله و يلزمه الاحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون و يكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف و يلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أي للتصرف (ليملكه من غيره) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم و ينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل

يملك

مالك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل انتهى أقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ماشئت أو اعمل برأيك وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك أن الوكيل هنالك انما مالك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا لصح له أن يتصرف هنالك بتصرف آخر كأن يهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي أو يشتري بها منه شيئا أو نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل مالك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بان يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون (ويقصده) أي يقصد العقد والمراد أن لا يكون هازلا فيه كذا رأي جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع موكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى أقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرط في وقوع العقد عن الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك في الوكيل (لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلابد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كالحان الطنبور (حتى لو كان) أي الوكيل (صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا) اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى أقول فيه بحث لانه ان أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق وان أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني (واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكأنه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب أحوال الانسان أن يكون عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وانما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ألا يرى أن التعليل بقوله (لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كل منهما كان أشمل

لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى أقول لا يذهب عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا أحد فوق الحر البالغ (وان وكل) أي الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعي رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أي حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لان الصبي من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أي للتصرف على نفسه ولهذا أصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وانما لا يملكه) أي التصرف (في حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا في حقه) أي في حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا (الا انه لا يصح منهما) أي من الصبي والعبد المحجور (التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته) أي أما الصبي المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك (فتلزم) أي العهدة (الموكل) لانه أقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وأن الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو أن الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا ليس كذلك انما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل ثم اعلم أن الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من بعد في فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد محجور) وفي بعض النسخ أو مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة (لانه) أي لان المشتري (دخل في العقد على) ظن (ان حقوقه تتعلق بالعاقد) يعني أن المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فاذا ظهر خلافه يتخير) لانه فات عنه وصف مرغوب فيه فصار (كما اذا عثر) أي اطلع (على عيب) أي

قال (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع

على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أي القدوري في مختصره (والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد كذا في غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أي تصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل (كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعي تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أي صار الوكيل في هذا الضرب (كالرسول) فان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجيء (ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي وصحة عبارة العاقد أي صحة كلامه (لكونه آدميا) له أهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق (وكذا حكما) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لانه) أي الوكيل (يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أي عن اضافة العقد الى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه (واذا كان كذلك) أي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا في الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصيلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قال القدوري في المختصر وقيل أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أي يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) اذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول أي يطالب الوكيل (بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع)

(قوله كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة (قوله وصار كالرسول) وهو أن يقول رجل لآخر كن رسولا عني في بيع عبدي (قوله ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا) أي صحة عبارته لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لا لاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان للوكيل ان يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل لم يجز لان الوكيل أصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير

قال (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا

(قوله العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول الظاهر أن القسمة الى الضربين باعتبار الاضافة الى نفسه والى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم وانما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتامل ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا

له أهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وأما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدورى فى المختصر أو قال محمد فى المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره أن الملك

يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه فى ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة قول أبي طاهر أصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب أنه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل وأعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله (اعتبار التوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احترازعن طريقة الكرخي قال

ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح

أى ويقبض المبيع اذا اشترى (ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد فى الاول وكسرها فى الثانى فالاول فيما اذا باع والثانى فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم أن ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع فى العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتي فى كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فالمدعى أنه يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما الى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أى عن الوكيل هذا جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل فى ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك (كالعبد يتهب ويصطاد) فانه اذا اتهب أى قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وأعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كذا فى العناية ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول أبي طاهر أصح وقال المصنف (هو الصحيح) واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل

(قوله يخاصم فى العيب ويخاصم) بفتح الصاد فى الاول وكسرها فى الثانى (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) أى ابتداء بدلا عنه لا أن يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه (قوله هو الصحيح) احترازعن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء أولا ثم

(قوله جواب عما قاله الخ) أقول فخلاصة الجواب انكم ان أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك وان أردتم مطلقا فممنوع وهل النزاع الا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول قوله على متعلق بقوله يقع والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل (قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فان قيل الى قوله فانه يقول) أقول الضمير فى قوله فانه راجع الى أبي طاهر

أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة وهى الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشترى لكان ذلك وأجيب بان نفوذ العتق يقتضى ملكا مستقرا قال فى الزيادات فمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل فى ثانى الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضى أبو زيد الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق وأبا طاهر فى حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المصنف (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال (وكل عقد يضيفه الى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثانى كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان

قال العبد الضعيف وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله

أولا ثم ينتقل الى الموكل واليه ذهب بعض أصحابنا وهى اختيار الامام قاضيخان كما ذكر فى البحر وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه فى ثانى الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال فى الزيادات فمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهر الحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى أقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضى أبا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق ووافق أبا طاهر فى حق الحكم وهذا احسن كذا ذكر فى الايضاح والفتاوى الصغرى (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى) أراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا فى عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما ذكره فى فصل فى البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ أقول الذى يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية فى الكتاب انما هو الذى ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقى المبيع فى يده يبقى حق الرد له وان لم يبق فى يده بل كان سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ماسيذكره فى فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وأما الذى يذكره فى فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة رده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجرى بين الموكل والوكيل ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكل عقد يضيفه) أى يضيفه

ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ماذكر فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب مادام المبيع فى يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه (قوله وكل عقد يضيفه الى موكله) أى لا يستغنى فيه عن الاضافة الى الموكل ولو أضاف الى نفسه كان له كالنكاح (قوله

(قوله وهى أن الملك يثبت) أقول وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لانه يخالف اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما نص عليه فى كتب الاصول والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضى الخ) أقول والذى يظهر من كلام المصنف انه اختار قول أبى زيد الا أن يؤول قوله كان أصلا فى الحقوق ويحمل على المبالغة فى التنبيه (قوله ثم ينتقل الى الموكل من قبله) أقول يعنى باب توكله قال المصنف وفى مسئلة العيب الى قوله واذا اشترى الوكيل الخ) أقول القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما ذكره فى فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده

حقوقــه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان أضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكأن العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف (وهــذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه) يعني أن السبب في هذه العقود (اسقاط) فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر وأما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل أن يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب أنا اذا قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل أو يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه أشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله

كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض ألا يرى أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا

الوكيل (الى موكله) هذه ضابطة الضرب الثاني أي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) فرع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أي تسليم المرأة الى زوجها (لان الوكيل فيها) أي في هذه العقود (سفير محض) أي معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى انه) أي الوكيل (لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل) كيف (ولو أضافه الى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول (وهــذا) يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهــذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد أن ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أي في هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك (لانه) أي لان السبب في هذه العقود (اسقاط) أي من قبيل الاسقاطات أما في غير النكاح فظاهر وأما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان ذلك اسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرية بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا (فيتلاشى) أي فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أي صدور السبب بطريق الاصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما في الضرب الاول (فكان سفيرا) أي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه

لان الوكيل فيها سفير ومعبر) السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفا (قوله فصار كالرسول) أي فصار الوكيل في النكاح وأمثاله كالرسول في باب البيع (قوله وهــذا لان الحكم فيها) أي هذه العقود وهي النكاح وأمثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم (قوله لانه اسقاط) أي لان السبب اسقاط اما غير النكاح فظاهر وكذا

والضرب

فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ (قوله لكونهن من بنات آدم) أقول منقوص بالتوكيل بشراء العبد وبيعه فتأمل في الفرق (قوله ان الحكم ينتقل الى الموكل) أقول هذا على قول الكرخي قوله أو يثبت له خلافة) أقول هذا على قول أبي طاهر الدباس

والضرب الثانى من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه

أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثانى) وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله (من أخواته) أى من أفراده التى بينهن أخوة أى مشاركة فى الحكم (العتق على مال) قوله والضرب الثانى مبتدأ موصوف وقوله من أخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال والجملة أعنى المبتدأ الثانى مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال قال بعض الفضلاء فى تفسير كلام المصنف ههنا أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من أخواتها العتق على مال وقال انما فسرنا به لان العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من أخواته أقول لا يذهب على ذى مسكة أن التفسير الذى ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من اخواته فانما ينافى اعتبار الاخوة بين الضرب الثانى ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز أن يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثانى لكونها من أفراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها فى الحكم كما أشرنا اليه فى تفسير قوله من أخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما فى نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل فى حكم الكلام السابق وكذا قوله (والصلح على الانكار) وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثانى لانها من الاسقاطات دون المعاوضات أما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر وأما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين فى حق المدعى عليه (فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع وأما اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح أقول فهنا ظهر أن ما وقع ههنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا) وتفسيره هذا ما ذكره فى الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره اياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان أحكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لانه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى وأشار المصنف رحمه الله الى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وأنه) أى القبض

النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل فى الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك له عليها ضرورة للتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر فى حق الفسخ والتمليك من الغير

وتنبيه لطائف العبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال (والضرب الثانى من أخواته الخ) أى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات (وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن اقرار (فهو من الضرب الاول) لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعير دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل باضافته اليه مثل أن يقول وهبه لك موكلى أو رهنه وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف رحمه الله (لان الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض والقبض

(قال المصنف والضرب الثانى الخ) أقول والضرب مبتدأ والجملة التى بعده يعنى قوله من اخواته الخ خبره (قوله والضرب الثانى) أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من اخواته وانما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثانى لا من أخواته كما لا يخفى قال العلامة النسفى فى الكافى والحقوق فى كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن انكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى (قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول فيه بحث فانه ليس كل صلح عن اقرار جار مجرى البيع لما سيجئ أن كل شئ وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول زيادة من عنده مخلة فان الحكم كذلك وان لم يقبض الوكيل (قال المصنف لان الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول أى قبض الوكيل وفيه بحث بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه

يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

(يلاقى محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل فالحكم أيضا يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التى تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لانه أصل فى التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه و يدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية انتهى أقول ما استشكاله بشئ ولا دفعه أما الاول فلانه اذا ثبت أن الوكيل فى هذه العقود لم يجعل أصيلا فى الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل وفى هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل فى الضرب الاول ثبوت الحكم الذى هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل أصيلا فى الحكم فاذا لم يجعل فى العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها وأما الثانى فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وأما الضعف فى العلية فان كان له مدخل فانما هو فى حق نفس ثبوت الحكم لا فى حق الانتقال فتامل (وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعنى اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفى العناية أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض و يدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعنى اذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو أضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله (الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فللوكيل أن

ففيما وراء ذلك فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحر به تنافى الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم لغيره لانه لا يجوز أن يسقط فى حق الوكيل ثم يسقط ثانيا فى حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره (قوله فلا يجعل أصيلا) أى فلا يجعل الوكيل أصيلا لانه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة وهى للوكيل (قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل (قوله وكذا الشركة والمضاربة) أى الوكيل فى الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) لان المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته ولو قال بع شيأ من مالك على أن

يلاقى محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاقى محلا مملوكا للغير فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض و يدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه (وكذا) اذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم انى أعيد لك ههنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير

(قوله فقوله فلا يجعل الى قوله و يدفع ذلك بان الحكم) أقول اذا لم يكن أصيلا فى حق الحكم لا يكون أصيلا فى حق الحقوق والوكيل فى الضرب الاول أصيل فى حق الحكم و يثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا فى حق الحقوق فلا حاجة الى ماذكره مع توجه المنع الى ما أشار اليه من حديث الاولوية بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الاولوية اذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها الا التلاشى ولزم يمنع كونه اسقاطا لا ضعف العلية والتلاشى هنا مفقود فاين الجامع (قوله لضعفها فى العلية) أقول الضمير فى قوله لضعفها راجع الى العبارة

عنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم أنى أعيد لك ههنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز و ورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا على بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد والله تعالى أعلم بالصواب الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغى أن يجوز أيضا وأما ثانيا فلان ماذكره فى الرد له بالتوكيل فى الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء أمرا بقبض المبيع سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشترى لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب فى تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال انه أمر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن فى ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان أراد بذلك أن محله هو ايجاب الثمن فى ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله فى ذمة الموكل والمصرح به فى الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتى لان معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله فى الاستقراض أيضا ايجاب البدل فى ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بان ذلك محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه فى ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ماذكر

يكون ثمنه لى لا يصح فكذا اذا قال التزم العشرة فى ذمتك على ان عوضه لى فكان التوكيل بالاستقراض قياس

وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فى ذلك فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز

(قوله وورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول هذا نقض اجمالى ويمكن أن يجاب عنه بان يقال ان أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وان أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك فى الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل (قوله وأجيب بان محله الخ) أقول منع لجريان الدليل مستندا بان محله الخ (قوله وأورد بانه هلا جعل الخ) أقول فتكون الصغرى ممنوعة مع السند (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول يؤل الى ابطال السند ثم أقول سيجىء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وان الامر بالشراء مصادف ملك الغير فلم يصح وكيفية تصحيحه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع فراجعه (قوله باقامة الموكل) أقول مضاف الى الفاعل (قوله فالجواب الى قوله خلفا عن البدل الخ) أقول وفيه نظر فانه لو سلم ماذكره من قصة الخلفية فانما هى خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقا

فى الذخيرة وغيرها من أن البدل فى باب القرض انما يجب فى ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلابد من تصحيح الامر بالقبض أولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل فى ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير وأما رابعا فلان قوله فى الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما له فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا أرسلنى اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا أرسلنى اليك يتهب منك كذا فانهما فى هذه الصورة كانا متصرفين فى عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا فى حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة فى الاستقراض أيضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا أرسلنى اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به فى الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما فى هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين فى عبارة الموكل أصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام أنفسهما الا أنهما أضافا العقد الى موكلهما كما فى سائر صور الضرب الثانى فاين يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على أن ذلك القول منه يخالف صريح ماذكر فى الذخيرة وارتضاه كبار الشراح فى صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل وأما خامسا فلان قوله فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور فى التصرفات التى هى من قبيل المعاوضات وأما فى التصرفات التى هى من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وأيضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما تقتضى عدم جواز اعتبار العبارة فى الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز أن تعتبر محلا للتوكيل فى الاستقراض أيضا ضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل ألا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة فى الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فى بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذى أمره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل قلت هذا الذى قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف فى ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه أن الوكيل بالاستقراض اذا أضاف العقد الى نفسه وقال أقرضنى كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا أضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال أرسلنى فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه فغية غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه أقول وفيه بحث اذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل ههنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ولو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك فى جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل تبطل الوكالة ويكون

هذا والله أعلم بالصواب

والبدل فى الاستقراض لايصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتامل

التوكيل بالتكدى فكان باطلا وما استقرض الوكيل له ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله

بخلاف

(بخلاف الرسالة) فانها تصح فى الاستقراض قال فى الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلنى اليك فلان و يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعنى المرسل قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن الخ) اذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه (٢٣) فلا فائدة فى الاسترداد منه ثم فى الدفع اليه هذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض (قوله ولهذا) توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يبرئ المشترى بغير عوض فكذا بعوض

بخلاف الرسالة فيه قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل

ما أخذه لنفسه لا لموكله لان هذه العقود كلها من الضرب الثانى ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمرى ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الاولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أى فى الاستقراض فانها تصح قال فى الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلنى اليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض أى المرسل وقال الامام الزيلعى فى التبيين وعن أبى يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه) أى فللمشترى أن يمنع الثمن من الموكل (لانه) أى الموكل (أجنبى عن العقد وحقوقه لما) تقدم (أن الحقوق تعود الى العاقد) فى البيع وأمثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل (فان دفعه اليه) أى ان دفع المشترى الثمن الى الموكل (جاز) يعنى ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء فى قوله فان دفعه للعطف لا للسببية ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى بالثمن (ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل (وقد وصل اليه) أى وقد وصل حق الموكل الى نفسه (فلا فائدة فى الاخذ منه) أى من الموكل (ثم فى الدفع اليه) أى الى الوكيل واعلم ان هذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع فى الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل أشير الى هذا فى الذخيرة وذكر فى الشروح (ولهذا) أى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشترى على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذا ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء

(قوله تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وانما كان هذا لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرآ المشترى عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معا فالمشترى يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المامور حتى لا يرجع الآمر على المامور بشئ فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا

(قوله قال فى الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة وفيه بحث فانه قال فى الخانية ان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض الى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله الا اذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول تصحيحا لكلام العاقل بقدر الامكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل

لكنه يضمنه للموكل فى الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب أن الثمن حقه فجاز ابراؤه فان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأه أسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال الثمن ملك الموكل لامحالة فليس لغيره أن يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لامحالة فاذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا نفا قيل كان الواجب أن لايجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه وأجيب بان فى المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

و بدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن على المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر أن يقال المقاصة لاتدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده أجاب بقوله (و بدين الوكيل اذا كان وحده) ان كان (تقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الابراء عنه أى عن المشترى (عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى انه ان كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الابرا بغير عوض عن المشترى عندهما فيملك المقاصة أيضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل فى الفصلين) أى فى فصل الابراء والمقاصة بخلاف الموكل فانه لايضمن لاحد فى شئ من الفصلين فافترقا وقال أبو يوسف لايجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى وحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل لايمنعه عن ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما أسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامناله بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى أن لايجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لايصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا فى الذخيرة

(باب الوكالة بالبيع والشرا)

الى قصاص آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لايحتاج الى قصاص آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة ولانا اذا جعلناه قصاصا بدين الموكل فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده (قوله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما) لان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لايمنعه الموكل عن ذلك (قوله ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين) أى فى فصلى المقاصة والابراء ولا يجوز للوكيل الابراء عن الثمن فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه تصرف فى ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(قال المصنف ان كان يقع المقاصة الخ) أقول قوله ان للوصل فى قوله ان كان قال فى النهاية قوله ان كان يقع المقاصة الخ يعنى اكرچه دين مشترى بدين وكيل مقاصة ميشود وقتى كه تنها دين وكيل بود سبب ان كه وكيل ابراء مشترى وأما الكسب ترد ايشان ولكن وقتى كه مشترى را بر موكل و بر وكيل دين بود دين مشترى بل با دين موكل مقاصة شود و بدين وكيل انتهى وأنت خبير بان الحق أن يقول موضع قوله ولكن وقتى كه الخ ولكن وكيل ضامن ميشود هر موكل را بخلاف موكل فافترقا ليطابق الشرح المشروح (قوله لكنه يضمن للموكل فى الابراء والمقاصة) أقول فافترقا (قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول اعل هنا مسامحة *(باب الوكالة فى البيع والشراء)* (فصل

(فصل في الشراء)

(قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته

(فصل في الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح أقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو أمر وهمي لا تحقيق لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في المبيع ينبئ أيضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ أيضا عن اثبات الملك في الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب المبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما سيان في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لاشك أن ثبوت ملك المشترى في المبيع ليس بمتقدم على زوال ملك البائع عنه والا يلزم أن يجتمع في كل مبيع في آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولا يخفى بطلانه فتعين أن ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين وأما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما تجرى في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه فالاظهر أن الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة فان أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في أوقاته من الاحتياج اليها وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدورى في مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شئ) أي شئ غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح (فلابد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية فان العبد جنس عند أهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام (وصفته) أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركى والهندى قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى أهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لم يأت بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره أولا لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لامور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من أمثلة الجنس والنوع وقال صاحب الغاية وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل المنطق وهو الكلى المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى أقول كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه أما الاول فلانه ان أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الانسان وان أراد بذلك النوع اللغوى بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل أصنافها أيضا فان كل واحد

(فصل في الشراء)

(قوله فلابد من تسمية جنسه) كالجارية والعبد وصفته أى نوعه كالتركى والحبشى والاصل أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن

(فصل في الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ الخ) اذا وكل رجلا بشراء شئ بغير عينه لابد لصحته من تسمية جنسه وصفته أي نوعه

(فصل في الشراء)

(قوله وقدم فصل الشراء لانه ينبئ الخ) أقول ولان الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ألا يرى أن أكثر الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف وصفته) أقول أي نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر

أو جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غيرما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على

أوجنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لى ماراًيت) لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا

منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعى عن النوع الشرعى ومادونه فيختل معنى المقام وأما الثانى فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح أهل النحو فى اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره فى باب المهر من كتاب النكاح يصدق على مافوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما مر جوابه ويصدق أيضا على ماتحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية ومادونها فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ من غيره فيختل معنى المقام وأما الثالث فلان ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء يونان فى الجنس على مانقل عن أبى على بن سينا يصدق على كل مفهوم كلى يندرج تحته أشخاص فيعم مافوق الاجناس الشرعية وماتحتها من الانواع الشرعية وأصنافها فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غيرما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثير بن مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى أقول لا يخفى على العارف بالفقه أن ماقاله صاحب العناية أقرب الى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع لكن فيه أيضا اشكال لانه ان أراد بالصنف فى قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ماسيجيء فى الكتاب مع انه ليس بصنف منطقى بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا وان أراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند أهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على مامر جوابه وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أو جنسه ومبلغ ثمنه) أى أو تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) أى فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما أمره الموكل واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شئ نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلا يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض وان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتى فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (الا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته وجنسه ومبلغ ثمنه يعنى اذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لى ماراًيت) فلا يحتاج الى ذكر شئ منها (لانه) أى الموكل فى هذه الصورة (فوض الامر الى رأيه) أى الى رأى الوكيل (فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا) لامر

ويسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروى والمروى فانها لا تمنع

كثير بن مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثير بن متفقين بالحقيقة فى جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف ثم وكل رجلا بشراء شئ فاما أن يكون معينا أولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شئ والثانى لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن

(قوله والمراد ههنا بالجنس مايشمل أصنافا الخ) أقول سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول فيه بحث لان الحمار نوع وليس بصنف منطقى (قوله والاول لا حاجة فيه الى ذكر شئ) أقول من الجنس والنوع والثمن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا فى الثانى فلا يرد أن يقال فى الثانى لا تمس الحاجة الى تسمية الجنس لما سيجيء أنه اذا سمى نوع الدابة تصح الوكالة فان عم الذكر الضمنى أيضا يقال الجنس والنوع مذكوران ضمنا فى الاول فليتأمل

والاصل

الوكيل من الاتيان بما أمر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشترى به يكون ممتثلا ويقع عن الآمر (والاصل أن الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا) والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ماذكره (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة فان ضم اليه ذكر بيان النوع أو الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى

والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح

الموكل فيقع عنه اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة الرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروى والمروى فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار فان بين الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكر في الكافي أخذا من المباسيط والجوامع فاراد المصنف أن يشير الى هذه الانواع الثلاثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال (والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان الحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس أن لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشترى بنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم ان كان اللفظ) أى لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ما هو في معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وان بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك (لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وان كان) أى اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والامة (لا يصح) أى التوكيل الا ببيان

صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا تصح ومتوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو بشراء أمة أو دار فان بين الثمن أو النوع تصح وتلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن لا تصح وتلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال (قوله ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا) كالدابة والثوب أو ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق (قوله مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية) أى مثال ما يجمع أنواعا

(قال المصنف والاصل فيه أن الجهالة الخ) أقول والا كتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان) الى قوله خلف باطل أقول فيه شئ (قوله وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول يعني فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول وان بين الثمن

الابيان الثمن أو النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال
امثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو
السندي أو المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة
والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم
لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لانه
يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال
(قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه

الثمن أو النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك (لانه بتقدير الثمن يصير
النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أي امتثال أمر الآمر (مثاله) أي مثال هذا
النوع من أنواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي
في أثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (اذا وكله) أي اذا وكل رجل رجلا
(بشراء عبد أو جارية لا يصح) أي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه يشمل أنواعا أي لان هذا اللفظ يعني
لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدري المراد (فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي
أو المولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام (جاز) أي التوكيل (وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه)
أراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع
لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهي (الجودة
والرداءة والسطة) أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها
عوض عن الواو الساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لانه) أي هذا
القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أي يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أي مراد القدوري (من الصفة
المذكورة في الكتاب) أي في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب
سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أي وان بين الثمن
كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل
أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة فان الدابة في
حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا)
يعني أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب)
أي هو أيضا يجمع اجناسا (لانه لا يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء) أي من الاعلى الى الادنى فكانت
الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أي تسمية الثوب (مهرا) فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية
في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس) يعني أن الدار وان لم تجمع أجناسا حقيقة الا أنها
تجمع ما هو في معنى الاجناس (لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال
والبلدان فيتعذر الامتثال) أي يتعذر الامتثال لامر الآمر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة قال
(وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف
(معناه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة

(قوله والمولد) في المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام (قوله وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه)
اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من

مراد الآمر لتفاحش الجهالة
الا اذا وصفها فانها جازت
لارتفاع تفاحشها بذكر
الوصف والثمن واذا قال
اشتر لي عبدا أو جارية
لا يصح لان ذلك يشمل
أنواعا فان قال عبدا تركيا
أو حبشيا أو مولدا وهو
الذي ولد في الاسلام أو قال
جارية هندية أو رومية أو
فرسا أو بغلا صحت لان بذكر
النوع تقل الجهالة وكذا اذا
قال عبدا بخمسمائة أو جارية
بالف صحت لان بتقدير
الثمن يصير النوع معلوما
عادة فلا يمنع الامتثال وتبين
من هذا أنه اذا ذكر
النوع أو الثمن بعد ذكر
الجنس صارت الجهالة
يسيرة وان لم يذكر الصفة
أي الجودة والرداءة والسطة
وفائدة ذكر الجامع الصغير
بيان اشتمال لفظه على
أجناس مختلفة كما أشرنا اليه

(قوله الا اذا وصفها) أقول
مع ذكر الثمن (قال
المصنف وان سمى ثمن الدار
الى قوله جاز معناه نوعه)
أقول وفي شرح الجامع
الصغير للامام التمرتاشي
ولو قال اشتر لي حمارا أو فرسا
أو ثوبا هرويا أو مرويا صح
التوكيل وان لم يبين الثمن
لان هذه جهالة يسيرة يمكن
دركها بحال الآمر ولو قال
اشتر لي جارية أو عبدا
أو لؤلؤة أو دارا ان بين

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا أونحوه قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا

يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشترى له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع وأنا أقول فى تحقيق المقام انما حمل المصنف الجنس الواقع فى عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام فانه لو أجرى الجنس ههنا على معناه الظاهرى كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب أما الاول فلأن الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس فى رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل وأما الثانى فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجرى على معناه الظاهرى لان الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهى لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس وأما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى فى مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التى تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام فى مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع فى رواية المبسوط بل فى رواية عامة الكتب فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز فى المسائل الشرعية فيجوز أن يكون الامر ههنا أيضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة فى الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به ثم انا ان جعلنا وصف النوع فى حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر فى الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر فى كثير من الكتب فتأمل قال المصنف (وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح فى المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضى أو الوالى اذا أمر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو أمره الفاليزى بذلك كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح أقول بقى ههنا كلام وهو أن ما ذكره المصنف ههنا مخالف لما ذكره فى باب المهر فى مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس أو حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذى ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف ههنا بان الحمار نوع ولا شك أن مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لزم بيان ثمن الحمار أيضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) وانما قيد بدفع الدراهم الخ لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لى طعاما لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث

الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا فى الذخيرة (قوله وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا) أى يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة

قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما الخ) ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم

الثمن صحت الوكالة والا فلا لان جهالة هذه الاشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب فان بين الثمن ألحق بجهالة الفرس وان لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى ولا يخفى عليك مخالفة المذكور فى الهداية لما فى هذا الكتاب ثم أقول ويحتمل أن يكون الواو فى قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما فى سائر الكتب كالكافى وغيره نعم الموافق لكلامه السابق ابقاء الواو على معناه فليتأمل

(وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس والعرف فى شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام أما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثانى المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول أبى جعفر الهندوانى ولكن ذكر فى النهاية أنه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل فى الاول وذكر مايدل على ذلك من المبسوط بقوله قال فى المبسوط بعد ماذكر ماقلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار فى الحنطة وأقول فى تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض مايترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ماحمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك

(قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول الاولى أن يقال من الحقيقة (قوله وأقول فى تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية يذكر مايدل على ماقاله من المبسوط والذخيرة فقال بعد نقل كلام المبسوط وذكر فى الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشترى له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم فى تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لايشترى بمثلها فى العرف الا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف الى الخبز ولا يذهب عليك أن ماذكره بقوله أقول هو مافى الذخيرة بعينه (قوله الى الحنطة ودقيقها) أقول الاولى أن يقول وخبزها أيضا

والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ماذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا فى الكافى وغيره وماذكر فى الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أى لحقيقة الطعام (كما فى اليمين على الاكل) يعنى اذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أى طعام كان (اذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أى العرف (على ماذكرناه) أى على الحنطة ودقيقها (اذا ذكر) أى الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعنى أن العرف فى شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا فى المبسوط وقال فى الكافى ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما لا يحنث الا بشراء البر ودقيقه (ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع) أى فبقى الطعام فى حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث فى اليمين على الاكل بأكل أى مطعوم كان قالوا هذا الذى ذكر فى شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام وأما فى عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا فى الذخيرة وغيرها (وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذى ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى كما ذكره الصدر الشهيد فى أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضيخان فى فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل فى الاول واليه أشار فى المبسوط والذخيرة

فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل ليس كذلك فان الحمار أنواع منها مايصلح لركوب العظماء ومنها مالا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضى اذا أمر انسانا أن يشترى له حمارا ينصرف الى مايركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبى عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية (قوله وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وهو على ماذكرناه أى على الحنطة ودقيقها قيل هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما فى غير أهل الكوفة ينصرف الى شراء كل مطعوم وبعض مشايخ ماوراء النهر قالوا الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى كذا فى

قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لانه من حقوق العقد وهى كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا

فقال فى المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار فى الحنطة وذكر فى الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشترى له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكيم الدراهم فى تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها فى العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدورى اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز فى هذه الصورة يجوز على الآمر الى ههنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأى صاحب النهاية ههنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه وأقول فى تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها او سطتها تعين افرادما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ماذكره بقوله أقول هو ما فى الذخيرة بعينه انتهى وأقول لا يذهب على المتامل فى كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه أراد بيان وجه ماذكر أولا من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ماذكر ثانيا بقيل فى الاول وبيان التوفيق بين ماذكره القدورى وبين ماذكر ههنا بقيل وفى الذخيرة بتحكيم الدراهم وقصد افادة هذه المعانى بقيل داخل فى الاول وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الاول وكيف يصح ماذكر فى التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها او سطتها تعين أفراد ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ماذكر فيه لا يقال يجوز أن يدرج الخبز فى الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل فى حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشئ من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها فى الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فانى يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها فى الذخيرة فى أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فحينئذ لا اشكال ولكن الكلام فى تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثانى داخلا فى الاول فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أى فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه) مادام المبيع فى يده لانه) أى الرد بالعيب (من حقوق العقد) أى من حقوق عقد الشراء (وهى كلها اليه) أى الحقوق كلها ترجع الى الوكيل فى مثل هذا العقد (فان سلمه الى الموكل) أى فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل (لم يرده الا باذنه) أى لم يرده على البائع الا باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة) أى انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه (ولان فيه) أى فى الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل (ابطال يده) أى يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه) أى باذن الموكل الذى هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أى ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل فى كثير من الشروح أقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف فيما سيأتى قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع أن كلا منهما فى حيز هذا التفريع كما ترى فالحق فى التفسير أن يقال أى لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد فى صورة وعدم

الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا أن يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز

قال (واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ) واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما أن يكون المشترى بيده أو دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له أن يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها اليه وان كان الثانى لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان فى الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه (ولهذا) أى ولكون الحقوق كلها اليه

(قوله ولهذا أى ولكون الحقوق كلها اليه) أقول الشارح تبع فى هذا التفسير الاتقانى وفيه بحث فان الاولى أن يقول أى لما ذكر من الادلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده الا باذنه اذ لا يتفرع قوله لا بعده على ماذكره مع انه مذكور فى حيز التفريع ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده بخلاف الاتقانى فليتامل

(كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم الى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد علكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر فى أول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لايجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لايجوز لان من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الديون واعترض بان قبول السلم عقد علكه الموكل بنفسه فالواجب أن علكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لامحالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لايجوز أن يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه وأجيب عن الاول بان الموكل علكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الآمر به وعن الثانى بان كلامنا فيما اذا كان البدل فى ذمة شخص وآخر علك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل فى الشراء علك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يضيف العقد الى نفسه أو الى الآمر لاطلاق مايدل على بطلانه ولابد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس فان قبض العاقد وهو دون الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق أو ممن لايتعلق به كالصبى والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما

كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لابعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد علكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر ومراده التوكيل بالاسلام

جوازه فى أخرى (كان) أى الوكيل (خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع) اذا ادعى حق الشفعة فى المشترى (وغيره) أى وغير الشفيع كمن يدعى الاستحقاق فى المشترى من حيث الملك (قبل التسليم الى الموكل) متعلق بقوله كان خصما أى كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم الى الموكل (لابعده) أى لم يكن خصما له بعد التسليم اليه (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعنى اذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز (لانه عقد علكه بنفسه فيملك التوكيل به) دفعا للحاجة (على مامر) فى أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لاتجوز مع أن المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه أن القياس أن لا علكه المسلم اليه أيضا لكونه بيع المعدوم الا أنه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم وماثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره فى التوكيل ولم يرد نقضا على الكلى الذى قاله القدورى لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لاتقدح فى القواعد وقال هذا ماسمع به خاطرى فى هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية فى كلا وجهى جوابه ولكنه أجملهما أقول فى كل أحد منهما نظر أما فى الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز أن يباشره الانسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلاخلاف مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتى فى أول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لاينافى الاقتصار على مورد النص كما أن جوازه فى عقد الاجارة لم ينافى الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك وأما فى الثانى فلانه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه أن فى التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لايمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه أيضا لايقال انما جاز بيع المعدوم فى عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لالمطلق الضرورة والذى يتحقق فى التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لاغير لانا نقول بل يتحقق فى التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن أيضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المصنف (ومراده التوكيل بالاسلام) أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ

والقلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطى مثل أربعة الى خمسة أو سبعة

(قوله فلم لايجوز أن يكون المال الخ) أقول يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول المراد من النص هو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم كما مر فى أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الاول

دون قبول السلم لان ذلك لايجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لايجوز (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق

الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال أسلم فى كذا اذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه (لان ذلك) أى لان التوكيل بقبول السلم (لايجوز فان الوكيل) حينئذ (يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لايجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الديون نص على ذلك محمد فى رب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيصير الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا فى المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشئ يجب فى ذمة الغير كما فى التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب فى ذمة الموكل فلم لايجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين فى ذمة المسلم اليه كالثمن فى ذمة المشترى قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لايجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هنالك الجواز هنا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية فى الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته وقال فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه أقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد لان مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذى ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول الذى حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الآمر به والدليل الذى ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره على أن الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعنى أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده قال الزيلعى فى التبيين وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أى لا تعتبر مفارقته قبل القبض (لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أى قبض الوكيل بدل الصرف (وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد

فان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل

(قال المصنف فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول لان الحقوق ترجع اليه فيكون الطعام دينا فى ذمته كما أن الثمن يكون دينا فى ذمة الوكيل بالشراء فليتامل فانا لا نسلم أن الثمن دين فى ذمة الوكيل

(قوله ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم) أى يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه يقال اسلم فى كذا أى اشتر بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعاما فى ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لايجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان الثمن لغيره لايجوز وكذلك فى الديون (قوله فان فارق الوكيل صاحبه) أى فى الصرف والسلم قبل أن يقبض المسلم اليه رأس المال (قوله فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى يصح قبض

وهذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه (لان الرسالة في العقد لا في القبض) والا لكان افتراق بلا قبض واذا

كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

(كالصبي والعبد المحجور عليه) لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد أقول لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق اذ لا يخفى أن المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم كما أن قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح (لان الرسالة في العقد لا في القبض) وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما تثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض ووصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى أقول فيه بحث لان هذا انما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط لا أن لا تكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تأمل (وينتقل كلامه الى المرسل) أي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به أقول ههنا اشكال وهو أن الرسالة في السلم انما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى

الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون أو لم تتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه وهذا دفع سؤال وهو ان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا توكلا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبي المحجور والعبد المحجور حتى يبطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما * فاجاب ان قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدار ههنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحة لا باللزوم وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا تتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد (قوله بخلاف الرسولين) أي في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل

(قوله وهو مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع الخ) أقول وهذا الاشكال وارد على الزيلعي أيضا ونص عبارته قال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهرزاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضره وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وان كان حاضرا انتهى وعليك بالتأمل (قوله لانه كما لا يجوز الى

قوله فكذلك الرسول) أقول لعموم الدليل المنفي الرسالة أيضا كما يفهم من قوله لاطلاق ما يدل على بطلانه فليتامل والمراد من الدليل في قولنا لعموم الدليل الخ قولهم ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى (قوله والا لكان افتراق الخ) قال

قال (واذادفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان و يرد الموكل بالعيب على الوكيل وقدسلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده.

الرسول فى باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال ظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهى نسخة أطبق عليها الشراح حتى ان صاحبى النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلاهم الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول فى الصرف والرسول فى السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وكما أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال بخلاف الرسول أى فى الصرف والسلم انتهى وأما اذا جعل مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هنالك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لانه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل أولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك أولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخى والمصنف قد اختار فيما مر طريقة أبى طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هنالك ومنهم هذا الشارح وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب اليه الشافعى ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية (ولهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (و يرد الموكل بالعيب على الوكيل) أى واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وهذا أيضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل انى لا دليل لمى فلا ينافى الفرعية تامل (وقد سلم المشترى للموكل) أى والحال انه قد سلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولان الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى لما كانت راجعة الى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى علم رجوعها اليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير أمر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة (فان هلك المبيع فى يده) أى فى يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدورى يعنى أن هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لان يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك

الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد

كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية أى صار الوكيل كالبائع من المشترى لثبوت أمارتها فانهما اذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ماذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع فى كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم له المشترى من جهته يرجع عليه (قوله ولان الحقوق) دليل آخر

أقول فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشترى) أقول الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل

(وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا

فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أى الوكيل (أن يحبسه) أى يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أو لم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى أن يستوفى الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك وأنه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطالب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد فى الاصل انتهى قال المصنف (لما بينا أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا (وقال زفر ليس له ذلك) أى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لان الموكل صار قابضا بيده) أى بيد الوكيل يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكأنه سلمه اليه) أى فكأن الوكيل سلم المبيع الى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله (هذا) أى هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس) وأشار الى الطريق الثانى بقوله (على أن قبضه موقوف) يعنى على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فان حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا

(قوله وله ان يحبس حتى يستوفى الثمن لما بينا) أى سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أو لم يدفع كذا فى المبسوط وفى الذخيرة ولم يذكر قول محمد رحمه الله فى شئ من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل حتى يستوفى الثمن منه * حكى عن الشيخ شمس الائمة الحلوانى ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الدراهم ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل أو لم ينقد (قوله قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان فى حكم العدم فلم يكن دليل

وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هل لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كأنه سلمه اليه

(قوله وتحقيقه ان التبرع الى قوله ههنا دلالة) أقول الاظهر تبديل الاذن بالامر ألا يرى الى قوله آمرا به

والحبس فى السلم غيرمتصور وانما فى ذلك طريقان أحدهما أن يقال التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضرورة بالا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثانى أن يقال ان قبض الوكيل فى الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين أحدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة مابلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر زفر يقول منعه حقه بغير حق لماذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده أمانة

ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه

ضمان الرهن عند أبى يوسف) يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان أو كثيرا وهذا الذى ذكره القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة مثل قول محمد فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبى حنيفة) ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ماهو اللائق المعتاد فيما اذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعنى يجب مثله أو قيمته بالغة مابلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مماذكر فى أكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مماذكر صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر تامل تقف (لانه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذ لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان فى هذه الصورة كما لا يخفى وان جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز

سقوط حقه فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق عنه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما فى هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لا فى حق عدم ولاية الحبس له بالثمن (قوله مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) أى بعد ان لم يكن مضمونا فيكون فى معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبس توضيحه انه يحبسه ليستوفى ماأدى عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت فى النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت فى الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انما يثبت ذلك بحكم البيع (قوله ضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق

(قوله والحبس فى السلم غيرمتصور) أقول يعنى غيرمتصور شرعا (قوله لان المبادلة تقتضى الرضا الخ) أقول فيه تامل (قوله والثانى أن يقال الخ) أقول جواب بمنع قوله لان الموكل صار قابضا بيده كما أن الاول جواب بعد تسليمه (قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر) أقول مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا) أقول الاظهر أن يقال فصار غاصبا

ولابي يوسف أنه مضمون (بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما يعني أن المشتري ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي

به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على أبي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل نخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما قال (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه

ولابي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به (قال واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل

الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل (ولابي يوسف أنه) أي الهالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن) أي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن أشار اليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعني هو بمعنى الرهن وهذا الاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما يعني أن المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع (لان البيع ينفسخ بهلاكه) أي بهلاك المبيع (وههنا لا ينفسخ أصل العقد) يعني الذي بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أي العقد (في حق الموكل والوكيل) وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع (كما اذا رده الموكل بعيب) أي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل (ورضي الوكيل به) فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذه مغالطة على أبي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل نخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأنه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما يعني غلطا أو مغالطة (قال) أي القدوري في مختصره (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أي اذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة أرطال منه لا تساوي درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب (لزم الموكل

وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن والمبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويسقط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع أو الرهن كما اذا رده الموكل بعيب أي الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يصير للوكيل ولا ينفسخ بين البائع والوكيل (قوله لزم الموكل منه

(قوله لنفي قولهما) أقول يعني صريحا (قوله يعني ان المشتري) أقول أي المشتري المحبوس كما يدل عليه كلام الاتقاني (قوله فرده ورضي به) أقول يعني رده على الوكيل (قوله في يد الوكيل بعد الحبس) أقول وكذلك لا ينفسخ اذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقا

منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور ولابي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شئ لاسيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يامره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول يجب أن لا يلزم الآمر شئ من ذلك لان العشرة ثبتت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له والثاني أنه اذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما ساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شئ والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة وأجاب عن الاول الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لان أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار في التتمة فقال لاني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجلها كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم

منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين

منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) الى هنا لفظ القدوري قال المصنف (وذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) أي في المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور ولانه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لابي يوسف انه أمره) أي ان الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شئ سيما اذا زاده خيرا (وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين) حيث جاز

عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفه رحمه الله) فان قيل ينبغي ان لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وهو قد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل (قوله وذكر في بعض النسخ) أي بعض نسخ القدوري ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل أي في المبسوط

(قوله ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال الخ) أقول يعني لا نسلم انه أمره بصرف الدراهم الى اللحم فان الشراء جالب للملك فالتوكيل لجلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم الا أنه ظن ان ذلك المقدار يساوي درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثاني ممنوع والاول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الاول الامام حميد الدين الخ) أقول ويجاب أيضا بان العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه بخلاف الطلاق فانه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الامر والموافقة شرط فيه فليتأمل

ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

ذلك فكذا هذا (ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أى شراء الزيادة (عليه) أى على الوكيل لكونه غير مامور به (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به فان قيل ينبغى أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذاك مسلم فى الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل وأما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما فى ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن فى الشراء كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين أقول الوجه الثانى من الجواب المذكور وهو قوله لان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه وأما الوجه الاول منه فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء فى المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بان ما فى ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك أن حكم ما فى ضمن الشئ يتبع حكم ذلك الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التى فى ضمنه منه أيضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التى فى ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر فى الذخيرة والتتمة معزيا الى المنتقى وهو أنه اذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع فى واحد منهما وهنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر فى شئ منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل فى المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الامثال وهى لا تتفاوت فى القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أى عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين فى القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار فى التتمة فقال لانى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا فى النهاية قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان فى تطرق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ورفعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ماهو أقل منه

تحمله من تحمل ماهو أقل
خلا

حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقى للمأمور ولانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا بالنفسه وفى القدر الذى تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر (قوله فينفذ شراؤها عليه) أى شراء

(قوله بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هنالك بدل ملك الموكل فتكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هنالك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل

كذا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين (لان الزيادة هنالك) أي فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أي فتكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه أقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتأمل (بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم) متعلق باصل المسئلة (حيث يصير) أي يصير الوكيل في هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين وهذا) أي ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أي القدوري في مختصره (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له) أي للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا أني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه اذا أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه) أي لان الشراء لنفسه (يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أي في اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل) لانه فسخ عقد فلا يصح

الزيادة على الوكيل واشتراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا أمره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليل حيث قال لاني لا ادري أيهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن (قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه) سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في الثمن لا الى خير أو خالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان وذلك هو الاصل لان العدد خاص في مدلوله على ما عرف في الاصول وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة اذا دلت قرينة وفي صورة الوكيل ببيع العبد معلوم ان ذكر العدد لمنع النقصان فقط اذ لا يابى أحد من زيادة في ماله وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الاصل اذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده ومآله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول خصوص بمثل اللحم مما يسرع اليه الفساد ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات ثم يجوز أن يبيع بالف وقطعة لحم مثلا فانه يكون للموكل أيضا (قال المصنف ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه اذ المراد هنالك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل

فاذاسمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أولم يسم فاشترى بغير النقود أووكل رجلا فاشترى وهوغائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الآمر فينفذعليه أما اذا اشترى بخلاف جنس ماسمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع عن الوكيل لاعن الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المامور به وأجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث أنكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل واذا عرف مابه المخالفة فماعداه موافقة مثل أن يشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما اذا لم يسم أواذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل فينفذعلى الموكل لانه اذاحضره رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أوالنكاح والخلع والكتابة اذاوكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أوفعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثانى اذا طلق أو أعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية فى الذخيرة والتتمة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولاحاجة فيهما اذا انفردعن مال الى الرأى فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور مامورا بنقل عبارة الآمر لابشئ آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل فلو وأما فى البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها يحتاج فيها الى الرأى فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد

بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا فى العناية وغاية البيان أقول يرد عليه أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل أواثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان أوغيره عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع فاشتراط علم الآخر فى صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا ويحتمل أن يكون السر فى اقحام المصنف قوله على ماقيل الايماء الى ذلك فتأمل واعلم أن صاحب البدائع قال فى بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على مانذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال فى موضعه وهو فصل مايخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج من الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه بان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل بان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم مافيه من العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلنى اليك يقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أوغير عدل حرا كان أوعبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل اليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أوغير عدلين أورجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أولم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد أوالعدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا فان ماذكره فى فصل مايخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه أو عزله بغيبته منه ولكن علم العزل بسبب من اسباب شتى على مافصله وماذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل فى صورة ان عزله بمحضر منه كما ترى والعجب أنه أحال الاول على الثانى بقوله على مانذكره فى موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لاعلى الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لابد أن يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه

حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا فى التتمة ووضع المسئلة فى العبد فى الذخيرة ثم

(قوله لان المتعارف نقد البلد) أقول والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه لانه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الاأن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) قال هذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر

فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لاشراء مضاف الى الموكل فاذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثاني) أى فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الاول غائب (يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه) أى فى هذه الوجوه الثلاثة التى ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة أما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول (لانه) أى الوكيل الاول (خالف أمر الآمر) وهو الموكل أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وأما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وأما اذا وكل وكيلا بشرائه فلانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الاول (ولو اشترى الثاني) أى الوكيل الثاني (بحضرة الوكيل الاول نفذ) أى الشراء (على الموكل الاول لانه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد ألا يرى أن الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كانها هى التى باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا فى المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فاجازه يجوز و بين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية فى التتمة والذخيرة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته (قال) أى القدورى فى مختصره (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الاأن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) الى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه ان أضاف) أى الوكيل (العقد الى دراهم الآمر كان للآمر) هذا هو

قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من وجه فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أولم ينو وهذا بخلاف مالو كان الموكل حاضرا واشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشتريا لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كذلك حال غيبة الموكل (قوله فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (قوله لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا) وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثباتات فلا يكون قابلا للتعليق والمعنى فى المسئلة انه امكن له عزل نفسه بغيبة الموكل فى ضمن المخالفة

حضر بحضوره أو باجازته قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل وقوله وهذا يحتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما أن يضيف العقد الى مال الموكل أو الى مال نفسه أو الى دراهم مطلقة

وهو المراد عندي بقوله أو يشتري به بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف (وهو المراد عندي بقوله أو يشتري به بمال الموكل دون النقد من ماله) يعني أن المراد بقول القدوري أو يشتري به بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه (لان فيه) أي لان في النقد من مال الموكل (تفصيلا) فانه بعد أن يشتري به بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل وعلى قول أبي يوسف يحكم النقد على ما سيجيء (وهذا بالاجماع) أي لو أضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع (وهو مطلق) أي قوله أو يشتري به بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور في قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان كان من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري أو يشتري به بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل الا معتبر للنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل أيضا كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء فكان ماذكره صاحب العناية مناسبا لشرح قول المصنف وخلافا لا لشرح قوله تفصيلا وأيضا انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير في النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل أن الركاكة في تقرير صاحب العناية أفحش وأقول الحق في هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورتي التوافق فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها أولى ثم أقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ههنا وهو أن فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضا حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب

لا في ضمن الموافقة قوله دون النقد من ماله) أي المراد بقوله أو يشتري به بمال الموكل ان يضيف العقد

فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا للدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وانما يكون غصبا اذا نقد وليس بلازم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول حتى لا يلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على ما يحل له شرعا وتعليله وهو قوله اذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف الثمن الى غيره الخ) أقول الاظهر في العبارة ويضيف الى دراهم غيره

وان

و يضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهي له أو لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل لشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله أو بالنية له والفرض عدمه وقال أبو يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن أي المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولان مع تصادقهما

وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان أضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل

ما بقي بعد الاستثناء مع أن فيه اختلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف وبالجملة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الاولى بل أشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل الى آخره (وان أضافه الى دراهم نفسه) أي ان أضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه (كان) أي العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أي حال الوكيل (على ما يحل له شرعا) تعليل لقوله ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني أنه اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر لكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح أقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر وأما اذا أضاف الى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني أن العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه و يضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره و يضيفه الى دراهم نفسه وأما العادة فجارية على أنه لا يشتري لغيره و يضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس انتهى وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة و يجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه و يضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة ثم قال والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى أقول ان قول المصنف (اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادي باعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه مع الوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول و يكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك والانصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي (وان أضافه) أي العقد (الى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل أشار اليه بقوله (فان نواها) أي الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أي العقد (للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه) أي فالعقد لنفسه (لان له أن يعمل لنفسه و يعمل للآمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته

الى دراهم الموكل لا ان ينقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشتريه بدراهم

(قوله والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني) أقول فيكون الاول صوابا (قال المصنف لانه دلالة ظاهرة على ماذكرناه) أقول قوله على ماذكرناه حال لا صلة للدلالة وأراد بقوله ماذكرناه قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف وان توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول ههنا احتمالان آخران أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي والثاني عكس هذا (قال المصنف قال محمد هو للعاقد) أقول لابد لمحمد من فرق بين صورتي التكاذب و التصادق وهو ظاهر فان النية متقدمة على الاصالة و يؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه

وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبى يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب

معتبرة أقول لقائل أن يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغى أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذى ذكروه فيما اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا للدراهم الآمر فان قلت الغصب فى صورة الاضافة الى دراهم الآمر فى ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه وأما فى الصورة المذكورة ففى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولاشك أن هذا لا يتحقق فى نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل يتحقق فى النقد من دراهمه فهو لم يوجد فى ضمن نفس العقد فى شئ من الصورتين المذكورتين بل انما وجد فى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فى تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وان تكاذبا) أى الوكيل والموكل (فى النية) فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى (يحكم النقد بالاجماع) فمن مال من نقدا ثمن كان المبيع له (لانه) أى النقد (دلالة ظاهرة على ماذكرناه) من حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة (وان توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبى يوسف ومحمد (قال محمد هو) أى العقد (للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعنى أن الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه (الا اذا ثبت جعله) أى جعل العمل (لغيره) بالاضافة الى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أى والغرض أنه لم يثبت (وعند أبى يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا) أى من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه (فيبقى موقوفا فمن أى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولان مع تصادقهما) على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بان نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أى فى تحكيم النقد (حمل حاله) أى حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر (كما فى حالة التكاذب) بقى الكلام فى هذه المسئلة وهو أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغى أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجئ من أن النقود تتعين فى الوكالات ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا فى العناية وعليه جمهور الشراح ومأخذهم المبسوط أقول فى الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين فى الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشايخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبى حنيفة رحمه الله صرح به فى عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجئ عن قريب وجواب

مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا أى فيما اذا تصدقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشترى به للموكل أو للوكيل فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل وعلى قول أبى يوسف رحمه الله يحكم النقد على ما يجىء (قوله وهذا بالاجماع) أى لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق أى قوله أو يشترى به بمال الموكل مطلق أى مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل (قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا و يفعله عادة) هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم آمره واضافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلاله العرف والعادة شامل للمسئلتين اذ العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم آمره مشتر لآمره فاما التمسك بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافة العقد الى مال نفسه ليس بحرام (قوله وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح) لانه لو قلنا بان العقد يقع له فان نقد من مال الآمر يكون غاصبا فقلنا يقع للموكل اذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح

يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعنى تحكيم النقد (حمل حاله على الصلاح) لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما فى حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل أو يحكم النقد وفى الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدورى أو يشتريه بمال الموكل على الاضافة أولى

(قوله لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول أى للوكيل (قوله وخلافا فيما اذا تصادقا) أقول معطوف على قوله تفصيلا اذا اشترى

ولهذا قال المصنف وهو المراد عندى بقى الكلام فى أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغى أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين فى الوكالات ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة (قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه)

والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان فى الوجه الاول

مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبى حنيفة بل هو مطلق و بالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ماهو المقيد والمختلف فيه وكأن الامام الزيلعى تنبه لهذا حيث قال فى شرح الكنز فى تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره و وصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات أيضا بما يشفى الغليل ههنا كما ترى ثم أقول الاولى فى الجواب أن يقال ليس العلة فى كون العقد لمن أضافه الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين فى مسئلتنا هذه وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال والدراهم وان لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشئ لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا وعرفا انتهى (قال) المصنف (والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه) المذكورة فى التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بان للنقد أثرا فى تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا فى الشروح وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتادى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوى الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ماهو الشرط وأما فى المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا فى باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف فقال) أى المامور (قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان) أى الآمر (دفع اليه) أى الى المامور (الالف فالقول قول المامور لان فى الوجه الاول) وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا

(قوله والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه) أى وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم العقد وأما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم على قول أبى يوسف رحمه الله والفرق أن للنقد أثرا فى نفاذ السلم فانه اذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استبانة ذلك بالنقد وليس للنقد أثر فى تنفيذ الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعاقد عملا بقضية الاصل كذا فى الذخيرة وفرق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا تتعدى الا بالنية فكان مامورا بان ينوى

انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا فى مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بان للنقد أثرا فى تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بالف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال فعلت وأنكره الموكل فاما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره والاول سيجيء والثانى اما أن يكون العبد مبتاعا عند

الخ (قوله وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين) أقول بحيث تكون هى مستحقة البتة (قوله وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين فى الوكالات) أقول ولا يلزم من تعينها فى الوكالة تعينها فى الشراء (قوله واذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول الاظهر أن يقال واذا تقيدت بها فاذا أضاف الشراء اليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر (قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول أنت خبير بان نفى قول ذلك البعض انما يحصل ببيان الخلاف فى مسالة الشراء فى صورة التصادق انه لم تحضره النية الا أن يقال مراده تاكيد ذلك النفى حيث جعل مسئلة الشراء مشبها بها فليتامل

أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه

الى المأمور (أخبر) أى المأمور (عما لا يملك استئنافه) أى استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لارادة الرجوع على الآمر (وهو) أى الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استئنافه وهذا هو الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف هنا واليه ذهب صاحب العناية وقيل انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا المسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكره هذا وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى (وفي الوجه الثاني) وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المأمور (هو) أى المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية علل في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل أخبر بامر لا يملك استئنافه وفيما اذا دفع بان الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة أقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام أمر آخر وهو أن فيما اذا لم يدفع الثمن يدعى الثمن على الآمر وهو ينكر فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعى الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر الى هنا كلامه أقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته أما الاول فلان قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب أنه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه وأما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح أن يقال فيها انه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى (ولو كان العبد حيا حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين) يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر (وان لم يكن) أى الثمن (منقودا فكذلك) أى فالقول للمأمور أيضا (عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء) للآمر اذ العبد حي والحي محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لاجل الآمر (فلا يتهم في الاخبار عنه) أى عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل

الخ عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط أما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيوعه (قوله أخبر عما لا يملك استئنافه) لان العبد ميت والكلام فيه والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء (قوله وهو الرجوع بالثمن) أى سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد

الاختلاف أو حيا وعلى كل من التقديرين فاما أن يكون الثمن منقودا أو غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله (لا يملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله (وهو) راجع الى ما في عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل أجيب بان يملك استئناف

(قال المصنف أخبر عما لا يملك استئنافه) أقول قال صدر الشريعة أخبر بامر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن بالباء وهو الاولى (قال المصنف وهو الرجوع بالثمن) أقول أى الاخبار المذكور أسند اليه الرجوع اسنادا مجازيا أو راجع الى ما لا يملك والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعنى العقد أو يقدر المضاف في قوله استئنافه أى استئناف سببه (قوله لان المامور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول الاظهر ارجاع ضميرهو الى الاخبار المذكور في ضمن أخبر وجعل اسناد الرجوع اليه من قبيل الاسناد المجازى فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبرا عنه هكذا قيل وأنت خبير بان ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ

ومن

الشراء دائر مع التصور ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند أبي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك أي للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده ههنا) يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة (وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أولا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله أما عندهما فلانه يملك استئنافه. وأما عند أبي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل

لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة

وعن أبي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته

حتى يملك استئنافه أجيب بان تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل كذا في الشروح (وعند أبي حنيفة القول قول الآمر لانه) أي لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر (موضع تهمة بان اشتراه لنفسه) أي بان اشترى الوكيل العبد لنفسه (فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أي أراد أن يلزمها الآمر (بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه) أي الوكيل (أمين فيه) أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شئ يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن في يده ههنا) أي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا (وان كان أمره بشراء عبد بعينه) يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حي) أي والحال أن العبد حي (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع) أي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين أئمتنا الثلاثة (لانه) أي المأمور (أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه) أي في اخباره عن ذلك (لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته) أي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل

لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وبهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر (قوله لانه يملك استئناف الشراء) لان العبد حي والحي محل الشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الآمر فان قيل الشراء لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استئناف الشراء دائر مع التصور فيتصور أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل (قوله تبعا لذلك) أي تبعا القول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الامانة لانا انما صدقنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج عن عهدة الامانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله في أن الشراء كان للآمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر الى وصفه فلا ينظر هنا الى كون الوكيل متهما أو غير متهم (قوله ولا ثمن في يده ههنا) أي فيما اذا لم يكن الثمن منقودا (قوله لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه) فان

(قوله وان كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول هذا هو الموعود بقوله والاول سيجيء (قوله وأما عند أبي حنيفة فلانه لا تهمة فيه الخ) أقول أشار بتوزيع التوكيل الى دفع ما يعترض به هنا من أن الاصل في الدلالة الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فان الاب اذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح الا ببينة عند أبي حنيفة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولي العبد اذا أقر بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قال الاتقاني في جوابه لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحضرة الشهود

ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لانه لم يملك الانشاء بلا شهود انتهى وفي قوله لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا ثم قال الاتقاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى وأقول ان لم يوجد في مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضا وان وجدت فلا حاجة لدفع السؤال الى التوزيع (قوله لان التوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل) أقول لم لا يجوز أن يشترى الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق

على مامر بخلاف غير المعين على ماذكرناه لابي حنيفة رحمه الله

يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته (على مامر) أشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل الابمحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أي بخلاف مااذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا (على ماذكرناه لابي حنيفة) يعني ماذكره فيما مر آنفا من جانب أبي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر أقول لقائل أن يقول التهمة متحققة في صورة المعين أيضا بان اشتراه لنفسه لكن لاعلى وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه فانه لايملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر وأما على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على مامر في محله فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ثم أقول في الجواب عنه ان احتمال أن اشتراه لنفسه شبهة و بعد ذلك احتمال أن اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لاعلى وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لاتعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لان الاب اذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قلت لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا اه أقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي وما لم يحضر الشهود لم يمكن انشاء النكاح شرعا وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت

قيل الولي اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين (قوله على ماذكرناه لابي حنيفة رحمه الله) اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على

وان كان غير منقود فالقول للآمر

(قوله وان كان غير منقود فالقول للآمر) أقول فيه بحث فانه اذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغي أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما اذا كان حيا فليتامل فان الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتني الا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره والقول قول من يتمسك بالظاهر والقول بان الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الالزام

قال (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان يعنى لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فان لفلان ولاية أخذه لان قوله السابق يعنى قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالاجنبى طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أى لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبى قرينة فى الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وان قال فلان لم آمره أنا ثم بداله أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الأأن يسلمه المشترى له) أى الا أن يسلمه المشترى له العبد المشترى لاجله اليه ويجوز أن يكون معناه الأأن يسلم فلانا العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشترى بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها

(ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن له) لان الاقرار يرتد برده (الأأن يسلمه المشترى له

الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يقدح أصلا فى قول صاحب الغاية لانسلم انه تملك استئناف العقد مطلقا بل تملكه مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما صرح به فى الكافى وغيره لانه اما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل ذلك على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين اختلفا أو هالكا وقد ذكر ستة أوجه منها فى الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقى منها وجهان وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال فى تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى أقول دليل الوجه الاخير منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكر الاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغى أن لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور حكم فى هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان) أى لاجل فلان (فباعه ثم أنكر) أى المشترى (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) يعنى ان لفلان ولاية أخذه من المشترى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لان قوله السابق) أى قول المشترى السابق وهو قوله لفلان (اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق) لان الاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد فى كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبى قرينة فى مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر فى الشروح (فان قال فلان لم آمره بذلك) ثم بداله أن يأخذه (لم يكن له) أى لم يكن له على العبد سبيل (لان الاقرار) أى اقرار المشترى (ارتد برده) أى برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه (الأأن يسلمه المشترى له) روى لفظ

وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا أو لم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما أو هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل فى جميع الوجوه لانه يدعى خروج نفسه عن عهدة الامانة (قوله بعنى هذا العبد لفلان) معناه أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعه حتى أشتريه لاجله (قوله فان فلانا يأخذه) أى له ولاية الاخذ (قوله لان قوله السابق) وهو قوله بعنى هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة ولو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك وانما حمل على الاسقاط فى مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا (قوله الأأن يسلمه المشترى له) روى بروايتين على

(قوله الأأن يسلم المشترى له) أقول قوله له متعلق بالمشترى أى المشترى لاجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه الاان يسلم فلانا العبد المشترى لاجله) أقول الضمير فى قوله لاجله راجع الى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول قال الاتقانى والكاكى فى شرحيهما والمشترى بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الأأن يسلم المشترى العبد الى المشترى له انتهى وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للاولوية على ما صرح به النحاة

فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع (الا فيما لا يتغابن

المشترى بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا وقوله له أى لاجله ويكون المفعول الثانى محذوفا وهو اليه فالمعنى الا أن يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشترى فالمعنى الا أن يسلم الفضولى العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذا الاستثناء من قوله لم يكن له أى لم يكن لفلان الا فى صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لا يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشترى كذا ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أى فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أى وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوى وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله (لانه صار مشتريا بالتعاطى) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أى كالفضولى الذى اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أى لزم العقد المشترى (ثم سلمه المشترى له) حيث كان بيعا بالتعاطى قال فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير وثبت بهذا أن بيع التعاطى كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان أخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الاموال والخسيس فى بيع التعاطى سواء وأشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أى دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو) أى البيع بالتعاطى (يتحقق فى النفيس والخسيس) أى نفيس الاموال وخسيسها (لاستتمام التراضى) أى لاستتمام التراضى فى كل واحد منهما (وهو المعتبر فى الباب) أى التراضى هو المعتبر فى باب البيع لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضى فى النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطى فيهما خلافا لما يقوله الكرخى ان البيع بالتعاطى لا ينعقد الا فى الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك فى أول كتاب البيوع (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) يعنى أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجرى على اطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أى بين العبدين (فى البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (الا فيما لا يتغابن

صيغة اسم الفاعل ومعناه الا أن يسلم العبد الفضولى الذى اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر أى الا أن يسلم الفضولى العبد الى المشترى له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له أى لم يكن لفلان الا فى صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشترى (قوله وعليه العهدة) أى وعلى المشترى العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطى (قوله وهو المعتبر) أى التراضى فى الباب أى فى باب البيع قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض

(فيكون بيعا وعليه العهدة) أى على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطى كالفضولى اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما الخ) ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما (ولم يسم ثمنا فاشترى أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (فقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع) أى الشراء (الا فيما لا يتغابن) استثناء من قوله جاز أى جاز شراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو أمره أن يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبى حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو باقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة

(قوله لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع) أقول أى هو شرط وسماه ركنا مجازا (قال المصنف ومن أمر رجلا بان يشترى له عبدين باعيانهما) أقول من قبيل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان صيغة الجمع استعملت فى المثنى مجازا (قال المصنف فاشترى أحدهما جاز) أقول أى بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع أى الشراء) أقول لا حاجة الى اخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء بل يجوز ابقاء البيع فى كلام المصنف على حاله كما لا يخفى

فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منهما مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة

الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو أمره بان يشتري بهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا) لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل

الناس فيه) استثناء من قوله جاز أي جاز اشتراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه (لانه) أي لان التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالاجماع) أي ماذكر في هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو أمره بان يشتري بهما بالف) أي لو أمر رجلا بان يشتري العبدين بالف (وقيمتهما سواء) أي والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أي جاز الشراء ويقع عن الموكل (وان اشترى باكثر) قلت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الآمر) بل يقع عن الوكيل (لانه) أي الآمر (قابل الالف بهما) أي بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) أي الالف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح (فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة (موافقة) لامر الآمر (وباقل منها) أي الشراء باقل من خمسمائة (مخالفة الى خير) فيجوز (وبالزيادة الى شر) أي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لان أبا حنيفة انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في الذي يتغابن الناس في مثله انه يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة اذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشايخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول أبي حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الواحد فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر أن المسئلة على الاختلاف فانه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار ماذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر (استحسانا) قيد به لان جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان شراء الاول قائم) يعني أن شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح

(قوله لانه توكيل بالشراء) قيد به احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله بالغبن الفاحش وأما في التوكيل بالشراء فلا يحتمل الغبن الفاحش (قوله الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم) فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها صريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشراء قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتد

الصريح بطل العمل بها انتهى فلا تعتبر مخالفة الدلالة اذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين

كانت أو كثيرة فلا يجوز الا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا والقياس أن لا يلزم الآمر اذا اشترى أحدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان أن شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة وقال أبو يوسف ومحمد ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لابد أن يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض

(قال المصنف لان شراء الاول قائم) أقول في الكافي فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء (قوله لان التوكيل المطلق يتقيد بالمتعارف) أقول في تقريره قصور

العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الادلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز) لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وان أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهو له) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد

به) أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الاول الذي صرح به (وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام) أي لم يثبت (الادلالة والصريح يفوقها) أي يفوق الدلالة يعني أن الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي) أي والحال أنه قد بقي (من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز) ولزم الآمر (لان التوكيل مطلق) أي غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أي المتعارف (فيما قلنا) أي فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لابد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي) من العبدين (ليمكنه) أي ليمكن المأمور (تحصيل غرض الآمر) وهو تملك العبدين معا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فامره) أي الآخر (بان يشترى بها) أي بتلك الالف (هذا العبد) يعني العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور (لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى) يشير الى ما سيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ (وان أمره أن يشترى بها) أي بالالف التي عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده) أي فمات العبد في يد المشترى (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى) فالالف عليه (وان قبضه الآمر فهو) أي العبد (له) أي للآمر (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي العبد (لازم للآمر اذا قبضه المأمور) سواء قبضه الآمر أو مات في يد المأمور قال المصنف (وعلى هذا) أي على هذا التفصيل (اذا أمره) أي اذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أي يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أي أو يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس أقول فيه نظر اذ قد سيق في أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لاحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشان المصنف دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندي أن تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد في الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في باب السلم والصرف أيضا أم لا بناء على أن لهما شانا مخصوصا في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة أو عينا غير ثابتة في الذمة وتقرر ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل ما لا

(قوله أن يسلم ما عليه) أي يشترى بعقد السلم أو يصرف أي يشترى بما عليه الدراهم أو الدنانير (قوله

الآمر قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه وان مات قبله عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس (لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان أو عينا ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح

(قوله وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول فيه تامل

فصل

التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده فصار كالو قال تصدق بمالى عليك على المساكين (ولابى حنيفة رحمه الله انها تتعين فى الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت ونقل الناطفى عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على أن النقود فى الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة فى الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول فى الكتب قال فى النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله فى الزيادات رجل قال لغيره اشترلى بهذه الالف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تاقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم تتعين بالتعين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة

فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابى حنيفة رحمه الله أنهما تتعين فى الوكالات

يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الاطلاق) بان قال بالف ولم يضفه الى ما عليه (والتقييد) بان أضافه الى ما عليه (فيه) أى فى العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر) أى ويلزم العقد الآمر وصار كالو قال تصدق بمالى عليك على المساكين فانه يجوز (ولابى حنيفة رحمه الله انها) أى الدراهم والدنانير (تتعين فى الوكالات) قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد فى الزيادات رجل قال لغيره اشترلى بهذه الالف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قال تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكه لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان فى الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير يتعينان فى الامانات وعامتهم على أنها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيآن أحدهما يوقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانى قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية بنوع اجمال ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله فى الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى أقول ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود فى الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم اياه من أصل أبى حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج فى كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ههنا من قبيل اثبات قول أبى حنيفة باصله على تخريج بعض المشايخ وأمثال هذا أكثر من أن تحصى وأما الثانى فلان حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد فى الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن

فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء) أى التقييد بالدين أو بالعين وعدم التقييد سواء (قوله ولابى حنيفة رحمه الله انها تتعين فى الوكالات) أى بعد التسليم الى الوكيل وفى الذخيرة قال محمد رحمه الله فى الزيادات رجل قال

(قوله قال فى النهاية هذا) أقول أى التعيين (قوله ثم قال والاصل أن الدراهم الخ) أقول يعنى قال فى الذخيرة (قوله لان المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول فيه نظر فان التوقت عادى لا شرعى فافهم ثم اعلم أن الضمير فى قوله به راجع الى التعيين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثانية (قوله على الموكل) أقول متعلق بقطع والظاهر أن يقال عن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول تامل فيه

ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة

ماذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشترى للوكيل عند محمد فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر لى بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك فى يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبى يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة وذكر فى مسئلة الكتاب وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل مافى الكتاب بين ماقبل القبض ومابعده كما مر انتهى أقول هو مدفوع بحمل اطلاق مافى الكتاب على ماهو المقيد فى كلام الثقات اذ قد تقرر فى الاصول أن المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير فى الوكالات (انه) أى الآمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الآمر أو الوكيل (العين) كذا فى معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل (الدين) بان أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا فى معراج الدراية أيضا ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطفى فى الاجناس عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعنى المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ماذكره الامام قاضيخان فى السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشترى بها ثوبا وقد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشترى لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث والوصى اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه أقول دلالة مانقله عن الامام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر أنه صور المسئلة فيما اذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذى ذكر مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما فى

لغيره اشتر لى بهذه الالف الدراهم جارية وأراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه فاما بعد التسليم هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان احدهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل (قوله ثم استهلك) قيد بالاستهلاك لان الوكالة لا تبطل بالهلاك فى يد

والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على مانقل عن محمد على مانقل عنه فى الزيادات

(قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول فيه نظر اذ لا يفصل مافى الكتاب بين ماقبل القبض ومابعده كما مر

واذا

واذاتعينت كان هذا تمليك الدين من غيرمن عليه الدين من دون أن يوكله بقبض، وذلك لايجوز كما اذا اشترى بدين على غيرالمشترى أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه الا بالقبض قبله

هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا وهلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما انتهى أقول هذا حاصل ماذكره صاحب العناية متخللا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وأنه ليس بسديد اذلم نجد فى نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هى مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فاذا تعينت) أى الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات واذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تمليك الدين على الوجه المزبور (لايجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لايجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه كذا فى النهاية وعليه أكثر الشراح وقال تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أى كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لايجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لايخفى (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين

الموكل وانما تبطل بالهلاك فى يد الوكيل (قوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أى على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو ولايجوز (قوله أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه) معطوف على كان هذا تمليك الدين (قوله الا بالقبض قبله) أى قبل القبض والمراد من الصرف الدفع لا بيع الصرف أى صار أمرا بتمليك مالا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ماادى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك ما فى ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان أمر رب الدين المديون بالدفع الى البائع أمرا فيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال أعط مالى عليك من الدين من شئت والجامع أن كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك وفى المبسوط ولابى حنيفة رحمه الله أن رب الدين أمره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالى عليك من الدين الى من شئت أو القه فى البحر فان قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان

من التقييد بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا وهلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما (قوله واذا تعينت) هو تتمة الدليل وتقريره أنها تتعين فى الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير من يوكله بالقبض وذلك لايجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشترى بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لايجوز لذلك (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض

(قال المصنف كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أقول قال فى النهاية تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه انتهى وقال الاتقانى يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لايجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا مانحن فيه وهو ما اذا أمر الوكيل أن يشترى بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لايخفى

(قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بانه مخالف) أقول الرد للاتقانى الى آخر قوله بل انما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول ويدل عليه ظاهر الفائدة الاولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الخ) أقول فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول (قوله لانه يضمن الدراهم الخ) أقول بخلاف ما اذا هلك فانه لا يضمن

وذلك باطل كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه و بخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم

لغيره من عليه الدين والمعنى أو يكون التوكيل المذكور أمرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هنالك (لانه) أى البائع (يصير) أولا (وكيلا عنه) أى عن الموكل (فى القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أى ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين أولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وأمر المستأجر بالرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح وأجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر لا يجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض كذا فى الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير كذا فى العناية وبعض الشراح أقول فى هذا الجواب بحث أما أولا فلان البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط أداء الثمن على الغير بل يكون أداء الثمن على المشترى بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع وأما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين فى المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا أصلا وأما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية فى شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى على المعنى الذى ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذى ذهب اليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل وأجيب عن الاعتراض المذكور فى بعض الشروح بوجه آخر أيضا وهو أن البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا فى ضمن المبايعة ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما عين فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (و بخلاف ما اذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب وقد ذكرناه فى سياق دليلهما (لانه) أى الآمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل فى قبض حقه كذا فى الكافى وغيره (وهو معلوم) أى الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع فى المسألة الاولى وأما مسألة التصادق فى الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان فى الوكالات فلما لم يتعينا فى الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغينانى والمحبوبي

هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر لا يجد الاجر

وذلك) لان الديون تقضى بامثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس يملكه (باطل) وصار (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع أو المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر (لانه يصير) البائع أولا (وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه) وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير (قوله وبخلاف) جواب

(قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول اذ يقول اذا قبضه يكون عينا (قوله واعترض بانه لو اشترى الخ) أقول مخالف لقوله فانه لا يجوز لذلك (قوله وأجيب بان عدم الى قوله على الغير) أقول النقود لا تتعين فى المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط

واذالم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوي ألفا لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي ألفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه

وقاضيخان (واذالم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله) يعني اذا هلك هلك من مال المامور (الا اذا قبضه الآمر منه) فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في التبيين وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ماقاله أبو حنيفة والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمراله بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه أقول فيه نظر اذلا يلزمهما التعليل الذي ذكره أيضا اذ يجوز أن يقال ن قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المامور تاثير فيما أمره به من اشتراء عبد له بل صح اشتراء المامور عبدا له باية ألف كانت فكان ذكر تلك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد أشار اليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال فكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف فلله دره في تدقيقه وتحقيقه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المامور) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (ومراده) أي مراد محمد (اذا كانت) أي الجارية (تساوي ألفا) يعني أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما اذا كانت قيمة الجارية ألفا (لانه) أي المامور (أمين فيه) أي في الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو) أي المامور (ينكر) والقول قول المنكر (فان كانت) أي الجارية (تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه) أي الوكيل (خالف) أي خالف الآمر الى شر (حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر يتناول ما يساوي ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أي المامور لانه لا يملك أن يخالف الآمر الى شر ولا أن يشتري بغبن فاحش (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان لم يكن دفع اليه الالف) واختلفا (فالقول قول الآمر أما اذا كانت قيمتها) أي قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وان كانت قيمتها ألفا فمعناه) أي فمعنى قول

في كل وقت فجعلنا الحسام قائما مقام الآخر في القبض (قوله فالقول للآمر لانه خالف) لانه ان اشتراها بالف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش وان اشتراها بخمسمائة فالامر يتناول جارية تشترى بالف فكان مخالفا فيكون مشتريا لنفسه (قوله وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان)

عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله (واذالم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده هلك من ماله قال (ومن دفع الى آخر ألفا الخ) رجل دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآخر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر وان كانت قيمتها ألفا

(قال المصنف فالقول قول المامور) أقول قال صدر الشريعة بلا يمين (قال المصنف ومراده) أقول يعني مراد محمد رحمه الله (قال المصنف لانه أمين فيه) أقول ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح (قال المصنف فالقول للآمر) أقول يعني لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف لانه خالف حيث اشترى الخ) أقول ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر

فعـنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل فى شروح الجامع الصغير أن الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف أو باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما فى هذا أى فى هـذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشترى للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العـقد الحكمى بينهما وتلزم الجارية المامور وفيه مطالبـة وهى أن الوكيل اذا قبض الثمن فـوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيـه المخالفة والمبادلة فما الحكم فى ذلك والجواب أن فى الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيـه بخلاف الثانى قال (ولو أمره أن يشترى له هـذا العبد الخ) واذا أمره بشراء عبـد معـين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف فى الثـمن وصـدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهـو قول أبى جعـفر الهنـدوانى لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهـما بمـنزلة انشاء العقد ولو أنشاه لزم الآمر فـكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما رفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه أجاب بقوله (وقـد ذكر) يعنى محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف وأما والبائع المشـترى وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعى فعلى

أنهما يتحالفان لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العـقد الذى جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشـتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصـدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه) قيـل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيـل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع

محمـد فالقول قول الآمر (انهـما يتحالفان) ويندفع به ما قيل فى شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المامور اشـتريتها بالف أو باقل منها لانه ان اشـتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خـير وكل ذلك يلزم الآمر كذا فى العناية وغيرها أقول بقى ههنا شئ وهو أن المذكور فى قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك والجواب الذى أشار اليه المصنف فى المسـئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف (لان الموكل والوكيل فى هذا) أى فى هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشترى) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعنى فاذا تحالفا يفسخ (العقد الذى جرى بينهما) أى بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمى (فتلزم الجارية المامور) قيل ههنا مطالبة وهى أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم فى ذلك وأجيب بان فى الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثانى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ولو أمره أن يشترى له هـذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف فى الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسـمائة وقال المامور) اشتريته (بالف وصدق البائع) أى بائع العبد (المامور فالقول قول المامور مع يمينه) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى (لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو) أى البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو أنشأ العقد لزم الآمر فـكذا ههنا (وفى المسئلة الاولى هو) أى البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعـدم ما رفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) فى هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبى منصور الماتريدى (كما ذكرنا) أى فى المسئلة الاولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ولما استشـعر أن يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالفـة أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعنى أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يمينى التحالف وهو يمين البائع أى المامور لانه بمنزلة البائع فى العقد الذى جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذى هو المامور معظم يمينى التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين عـلى المدعى الا فى صورة التحالف وأما المشترى وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين فى كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين عـلى المامور وهو المدعى فلان تجب عـلى الآمر وهو المنكر أولى كذا فى

أى فمعنى قولنا القول قول للآمر أنهـما يتحالفان (قوله قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفـقيه أبى جعفر رحمه الله لانه ارتفع الخلاف بتصـديق البائع فيجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان

(قوله يعنى قوله فالقول للآمر) أقول وأنت خبـير بانه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه اذا كان بسببين مختلفين والكلام فى وجود القرينـة الصارفة فانها ليست بظاهرة هنا كظهورها فى المسئلة الثالثة (قال المصنف وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول

والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر *(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)*

الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعدما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشايخ الآن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المامور مع يمينه يدل على أن المامور يصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتامل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أي قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما) أي بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أي على الموكل (فبقي الخلاف) بين الآمر والمامور فلزم التحالف قال المصنف (وهذا) أي القول بالتحالف (قول الامام أبي منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا هذا اذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بالف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الامر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التخالف فيه فيصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد) لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فللثانية لا غير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا وأما الاحتياج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون

وهو قول الامام أبي منصور الماتريدي وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع أي المامور لانه بائع تقديرا في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المامور ههنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف وأما المشتري فمنكر فعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المامور وهو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المامور وهو المدعي فلان يجب على المشتري المنكر وهو الآمر أولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير لولا أن المراد هو التحالف لزمت الجارية الامر لان الآمر اذا حلف صار الشراء بخمسمائة والجارية تساوي ألفا فانها تلزم الآمر فثبت بهذا أنه أراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الآمر ولزمت الجارية المامور (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفا الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف (وهذا قول الامام أبي منصور وهو أظهر) قال في الكافي وهو الصحيح *(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)*

ونظيره ما سيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع قال المصنف (وهو أظهر) أقول وانما كان أظهر لان تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة انشاء العقد بقي قوله مع يمينه بلا فائدة *(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)*

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل قال (واذا قال العبد لرجل الخ) اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد الى موكله والحقوق

(قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول أي وكالة فيتناول المسئلتين اذ في الاولى شراء نفسه توكيل وفي الثانية وكيل أيضا الا أنه خالف أمر الموكل ولا يخفى عليك ما فيه بل لا يتناول الكلام الا المسئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فالثانية لا غير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل والاظهر أن يقال لما كان تصرف الوكيل في هذه الوكالة شراء على تقدير واعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر في فصل على حدة وفي قوله من مولاه اعتاقا على مال الخ مسامحة اذ فان الاعتاق انما هو بيعه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول أي على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول والاولى أن يقدر المضاف اليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول في توكيل شخص شخصا أو أحد أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم

قال (واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه

نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم أقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير اعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه وأما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف أمره فيكون شراؤه اعتاقا على مال ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره وأما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى أي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية أي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل انتهى أقول تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه أن يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك أمرا عاما مثل أن يقال فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى) أي من مولاي (بالف ودفعها) أي دفع العبد الالف (اليه) أي الى الرجل الذي وكله (فان قال الرجل) أي الوكيل (للمولى اشتريته) أي العبد (لنفسه) أي لنفس العبد (فباعه على هذا) أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حر) أي فذلك العبد حر يعني صار حرا (والولاء للمولى) أي وولاء ذلك العبد للمولى (لان بيع نفس العبد منه) أي من العبد (اعتاق) أي اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما أشار اليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه)

(قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق) لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل أن يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذ البيع ازالة ملك بعوض الى آخر فجاز أن يستعار منه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء لان ما يثبت

اذلا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء

أى عن العبد حيث أضاف العقد اليه (اذلا يرجع اليه الحقوق) أى لا يرجع الى المأمور حقوق العقد لانه متى أضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولاعهدة على الرسول واذا كان كذلك (فصار كانه) أى العبد (اشترى) نفسه (بنفسه) أى بلا واسطة (واذا كان اعتاقا) أى واذا كان بيع نفس العبد من العبد اعتاقا لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد فى هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه للمولى (وان لم يعين للمولى) أى وان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشترى) يعنى صار ملكا له (لان اللفظ) أى لان قوله اشتريت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الاعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (اذا لم يبين) أى اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن هنا لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ماوكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما أتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسيجيء الاشارة من المصنف الى نظير هذا فى المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لان المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للاعتاق (فيه) أى فى شراء العبد نفسه (متعين) لان العبد ليس باهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق أولان نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمى خلق لمصالح الآدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر (واذا كان معاوضة) يعنى اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أى للمشترى (والالف للمولى) أى والالف التى دفعها العبد الى المشترى حين أن وكله تكون للمولى (لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل ذلك الالف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز أى من جهة أنه ثمن للعبد (فانه) أى الثمن (فى ذمته) أى فى ذمة المشترى (حيث لم يصح الاداء) لان المشترى أدى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا قال فى النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان وفيما اذا بين

يثبت بضروراته ولوازمه (قوله وان لم يعين للمولى) أى لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (قوله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة) أى لان قوله اشتريت عبدك بالف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وأمكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة (قوله بخلاف شراء العبد نفسه) حيث نجعله الاعتاق * وجه الورود انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغى ان يحمل على حقيقته أينما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشترى والعبد ليس من أهله أولان نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما (قوله وعلى المشترى ألف مثله) هذا ظاهر فيما اذا وقع

لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه وأما أن الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا أعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشترى لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتى بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف أخرى ثمنا للعبد فانه أى الثمن فى ذمة المشترى لان الاداء لم يصح قال فى النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر فى الكتاب وينبغى أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفى كلام المصنف مايشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) يعنى أن يوكل أجنبى أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته للموكل لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعنى الذى يقع له والذى للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفى الحالين أى حال

(قوله كان اعتاقا بلا بدل) أقول لان الالف المؤدى ملك المولى قبل الاعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه

بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه و يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان

الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن تجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي من غير العبد بان وكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل (لان العقدين) يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل (هنالك) أي في تلك الصورة (على نمط واحد) أي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة أيضا (وفي الحالين) أي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج الى البيان (وأما ههنا) أي فيما نحن فيه (فاحدهما) أي أحد العقدين (اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير (والمولى عساه) أي لعله (لا يرضاه) أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (و يرغب في المعاوضة المحضة) أي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهنالك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن أبان قال الصحيح أن الثمن على العبد لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر لانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض

الشراء للمشتري وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه (قوله بخلاف الوكيل بشراء العبد عن غيره) أي بخلاف ما لو وكله غير العبد أن يشتريه له فانه يصير مشتريا للآمر سواء أعلم الوكيل البائع انه اشتراه لغيره أو لم يعلمه وههنا ما لم يعلمه انه يشتري العبد لا يصير مشتريا للعبد لان العقدين ثمة على نمط واحد في الحالين شراء وفي الحالين المطالبة متوجهة الى الوكيل فلا يحتاج الى البيان وهنا أحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير فلا ترجع الحقوق اليه وربما يرضى السيد باحدهما دون الآخر وفي الجامع الصغير للتمرتاشي والمطالب بالثمن الوكيل وفي رواية العبد وفي باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على الوكيل * وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد * ووجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهنالك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هنا * وعن عيسى بن أبان رحمه الله قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكر في الجامع لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني من اضافة العقد الى الآمر وليس له من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه المطالبة بتسليم البدل (قوله

الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان أما ما نحن فيه فان أحدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهنالك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل

قال (ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك الخ) هذه هى المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله بان قال بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه (الا أن ماليته) يعنى هو أجنبي عن ماليته الا أنها بيده حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا فى قبض الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز أجيب بان كون مالية العبد فى يده أمر حسى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسى لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسى اذا قام بمكان لا يجعل فى غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة وأما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه

(ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا أن ماليته فى يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع

الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك) هذه هى المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العبد العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله (فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى ففعل المولى ذلك (فهو) أى العقد أو العبد (للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه) أى العبد (أجنبي عن ماليته) لانها لمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) أى على العبد (من حيث انه مال) لا من حيث انه آدمى فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة أما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر وانما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (الا أن ماليته فى يده) استثناء من قوله لانه أجنبي عن ماليته يعنى أن مالية العبد فى يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فانه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته فى يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال وكون المالية ههنا فى يد العبد أمر حسى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتبارى جاز أن لا يعتبر انتهى أقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه أما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل فى أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه وما هو

ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى قال بعت فهو للآمر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت وأما اذا وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى بكذا بناء على أن الواحد يتولى طرفى الاعتاق على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفى البيع وان كان المال مقدرا (قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى

(قال المصنف حتى لا يملك البائع الحبس) أقول قال الزيلعى لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى وفى الكافى والمبيع اذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضرا فى مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشترى فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة فى مجلس البيع فانه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا ههنا انتهى ولعل ذكر حضور المبيع فى مجلس الشراء ليتصور الحبس فانه اذا كان فى بيت المشترى دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا الا ان الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة اليه) أقول يعنى بالتخلية (قوله كما قلنا فى قبض الوكيل) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول خلافا لزفر (قوله أجيب بان كون مالية العبد فى يده أمر حسى) أقول أى بمنزلة الامر الحسى لانه فى يده حقيقة فمآل هذا الجواب الى ما استوجبه أيضا ويمكن أن يجاب عن قوله فان قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدى الى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول أى للحبس (قوله فكان الامر بالعكس) أقول انما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له

فاذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هنالك فلا يكون نظير ما نحن فيه فالوجه أن يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على ما مر أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني وأما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول أمر حسي لا مرد له والثاني أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تأثير الفرق المزبور بالنظر الى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة فاما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا كلامه أقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث أما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل والذي عده تاج الشريعة في جوابه أمرا اعتباريا انما هو كون قبض الوكيل قبض الموكل وأين هذا من ذلك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى وأما في الثاني فلانه ان أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك وان أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فللسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثاني فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء حق المقام والاشبه في تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولا يتحبس المبيع عن الموكل وان كانت يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى (فاذا أضافه) أي أضاف العبد العقد (الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) هذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن

فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم (قوله فاذا أضافه الى الآمر) نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر تو كل بشئ وفعله وقوله (فعل فهو للآمر) يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكره في الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول

بحضرته لم يمكن للبائع حبسه لاستيفاء الثمن * فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولا يتحبس المبيع عن الموكل وان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكنه الاحتراز عنه * قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه في حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشتري نفسه ولان يد الوكيل يد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا بحكم

وان

(وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل

غيره فى شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره فى شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم أن قوله فى الكتاب ففعل فهو للآمر يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ماذكر فى الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفى البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتى فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفى الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى فان قيل اذا أضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا أنه يرجع به على الآمر فان قلت قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذى باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو اذن (وان عقد لنفسه) أى ان أضاف العقد الى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت (فهو حر لانه اعتاق) لما تقدم (وقد رضى به المولى) لانه علم أن بيع العبد منه اعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه أجاب بقوله (والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا (وفى مثله ينفذ على الوكيل) فان الوكيل بشراء شئ بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف

النيابة فامكن أن يجعل يد الوكيل يد نفسه فى حق الحبس ويد موكله فى حق الضمان حتى هلك من مال الموكل اعتبارا للجهتين فاما العبد فى قبض ماليته ليس بنائب عن مولاه بل خروج العبد عن يد مولاه حقيقة وحكما بالبيع ولهذا لو هلك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس لهذا (قوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين) جواب سوال وقد ذكر السؤال والجواب فى الفوائد الظهيرية* فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شئ بعينه والوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك الشراء لنفسه خصوصا فى فصل الاطلاق أولى ان لا يقع الشراء لنفسه لانه لما لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشترى لنفسه لما مر أولى ان لا يقع لنفسه عند الاطلاق *قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف أما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير الاضافة الى الموكل شراء وبتقدير الاطلاق أو الاضافة الى نفسه قبول الاعتاق (قوله وفى مثله ينفذ على الوكيل) كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين أو خلع امرأته على ذلك أو استوهبه فوهبه المالك منه أو اشتراه باكثر من الثمن الذى

العبد بعنى نفسى فان قلت اذا أضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن أجيب بانه فى ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق أجيب بان الحجر زال بالعقد الذى باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضافه الى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضى به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان أطلق فقال بعنى نفسى ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل فى التصرف أن يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله وهى اضافة العبد العقد الخ) أقول فيه أن الكلام فى الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل (قوله و رضى المولى بذلك) أقول ان أراد رضى المولى مطلقا فمسلم لكن لا يصلح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقى وان أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لان رضاه بالاعتاق دون المعاوضة انما يصح أن لو تعين المعنى المجازى اذا أطلق وهل النزاع الا فيه (قوله بذلك) أقول أى بالمعنى المجازى (قوله لانا نقول الاحتمال انما هو الخ) أقول فيه أن المعنى الحقيقى متعين من حيث اللفظ اذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف وكذا لو قال بعنى نفسى الخ) أقول لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل بالاتفاق ولانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الاعتاق واذ بيع العبد من نفسه مطلق اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء

(وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين) يعني الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أي فلا يجعل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) لان الاصل في التصرف أن يقع عن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة ألبتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة وقد رضي المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى أقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع فيها وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق أيضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز اذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما أطلق ولم يضف الى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وأيضا ان أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فاين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيأ لان وضع المسئلة في الاطلاق بمجموع ماصدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ماذكره صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

عينه أو بخلاف جنس ذلك الثمن (قوله لان المطلق يحتمل الوجهين) * فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع

*(فصل

(فصل في البيع) لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع وماذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع قال (الوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) اذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو بهما لايجوز له أن يعقد مع من لاتقبل شهادته له اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة (وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لايجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولابد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لاتقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ماذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ماذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

(فصل في البيع) قال (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لاتقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه)

(فصل في البيع) لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لايجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولايجوز بما لايتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لاتقبل شهادته له) أي وسائر من لاتقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا أن المصنف قصد الاجمال فقال بدلها ومن لاتقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لاتقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه أقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة وأما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لايجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية (وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف أيضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه اشارة الى أنه لايجوز عندهما أيضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها

الشراء للوكيل كان الشراء معمولا بمجازه لان الشراء غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة أخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لايفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة

(فصل في البيع) (قال والوكيل بالبيع والشراء لايجوز ان يعقد مع أبيه وجده ومن لاتقبل شهادته له عند

(فصل في البيع) قال المصنف (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول اذا كان البيع منهم بغبن يسير لايجوز على ماذكر في شرح الطحاوي موافقا لما في الهداية وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول متعلق بقوله أن يعقد (قال المصنف وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لايجوز) أقول الا أن دليلهما يقتضي جوازه فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة والحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول يعني بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول يعني بلا خلاف (قوله والمطلق يعمل باطلاقه) أقول صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بان الاطلاق كالعامة كل فتذكر

ولا تهمة ههنا لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وأما الثانى فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعنى الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب وفى ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام

مقابليه بمحل واحد فى حالة واحدة وكذا المولى حق فى أكساب المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابى حنيفة رحمه الله القول

لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة

أبي حنيفة رحمه الله) وفى الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز

الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفى رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات فابو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابى حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل أجيب بان وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا فى بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة (الا من عبده أو مكاتبه) فانه لا يجوز عندهما أيضا قيد فى المبسوط بقوله الا من عبده الذى لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى أقول نعم ان العبد الذى عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما فى يده عندهما الا أنه يتعلق به حق الغرماء حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما فى يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذى عليه دين من مولاه شيأ من أكسابه وبيع مولاه منه شيأ من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيأ من مولاه ولا بيع مولاه شيأ منه عندهم أصلا وسيتكشف ذلك كله فى كتاب المأذون فقوله فى المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف فى تعليل ما ذكر فى الكتاب من جانبهما (لان التوكيل مطلق) أى عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة (ولا تهمة ههنا) لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو من حيث ايثار المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلما ذكره بقوله (اذ الاملاك متباينة) ألا يرى انه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية

(قوله لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين الخ) أقول أى من حيث ايثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث بل الظاهر أن المراد ايثار نفسه باحدهما (قوله أما الاول فلان الاملاك متباينة الخ) أقول فلا نفع له فى ايثار العين فلا تهمة (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول فيه بحث (قوله وأما الثانى فلان التقدير الخ) أقول ولانه ايثار لنفسه بالمالية ثم ان المفهوم من تعليله انه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد ايثار المالية لنفسه وليس كذلك ولا مجال لحمل كلامه على ايثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر لان قوله وليس شئ منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه والجواب أن المراد من قوله وليس شئ منهما أى التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل (قوله يعنى الذى لا دين عليه) أقول فيه تأمل فان العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لان الواحد اذا تولى طرفيه الخ) أقول ولان فيه مانع التهمة وهو ايثار العين لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينفي جوازه وان صرح به الموكل الا انه بقى فيه بحث لان الاب والوصى يتوليان طرفى العقد كما اذا اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه وكذا الوصى الا أن يقال تعدد الجهة يجوز للاجتماع فليتأمل (قوله وفى ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام مقابليه) أقول الضمير فى قوله مقابليه راجع الى التقابل

والمنافع

والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

أبيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واذا كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة وأما الثانى فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الاجنبى (بخلاف العبد) يعنى الذى لا دين عليه لما عرفت (لانه بيع من نفسه) أى لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لان ما فى يد العبد) أى ما فى يد مثل ذلك العبد (للمولى) أى ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفى البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب) حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعنى وقد ينقلب حق المولى فى كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أى ولابى حنيفة (ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أى ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أى فيما بينهم (ولان المنافع بينهم متصلة) لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فصار) أى بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية فى شرح دليل أبى حنيفة ههنا ولابى حنيفة القول بالموجب أقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر فى كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام له فلم يكن له من القول بالموجب فى شئ نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهى أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف (والاجارة والصرف على هذا الخلاف) يعنى أن الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا فى

بالموجب يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع أمانة وهى موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابى حنيفة رحمه فى تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أنه قبل ظهوره حكم الوكيل أجيب بان المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد

قوله وهى موجودة ههنا) أقول قوله وهى راجع الى التهمة فى قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف ولان المنافع بينهم متصلة) أقول هذا الدليل لا يجرى فى الاخير

بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع فان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفى رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات فأبو حنيفة رحمه الله فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا فى بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب قلنا لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فأما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة

يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ماجمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل مايطلق عليه البيع

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة

الشروح أقول السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن أن يذكره المصنف معهما كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة) ويجوز بيعه باجل غير متعارف أيضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها واقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا ملك البيع بما عز وهان وباي من كان والى أي أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) أي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا بأجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني أو قال بع فان الغرماء يلازمونني أو قال بع فاني أحتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة اه قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير هو ماجمد من الماء فكان فيه

(قوله وقالا لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في الذخيرة (قوله اذ الاملاك متباينة) دل عليه انه يحل للابن وطء جاريته ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل وطؤها حينئذ وقال أبو حنيفة رحمه الله قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة (قوله والاجارة والصرف على هذا الخلاف) وكذا السلم خصهما بالذكر لان شرعية الاجارة على منافاة الدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعقد الاجارة مع من لا تقبل شهادته فيجب ان لا تجوز اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط ولما كان يجب ان لا تجوز اجارة الوكيل مع من لا تقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انهما أيضا على الاختلاف (قوله ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والاضحية) التوكيل بشراء الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الصيف في

(قال المصنف فتتقيد بمواقعها) أقول فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو وقوله كهو متعلق بقوله الحكم (قوله لكن المطلق يجري على اطلاقه الخ) أقول الاوجه أن يوجه بان التوكيل بالبيع مطلق والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا في كتاب الايمان بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي ولو سلم فالعرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتامل ثم أقول صرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسئلة اجماعية بان العرف أملك فلا مخالفة لان مراده ثمة

ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما هو المروى عنه

تسمية للاسم بالمصدر كذا فى الصحاح والديوان (والاضحية بزمان الحاجة) متعلق بيتقيد أى يتقيد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الآمر (ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصى لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أى البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء (فلا يتناوله) أى فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصى) لان المطلق ينصرف الى الكامل (ولابى حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق) أى غير مقيد بشئ (فيجرى) أى يجرى المطلق (على اطلاقه فى غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولابى حنيفة القول بالموجب أى سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة أقول هذا أقبح مما قاله فى المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط أن التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعنى أن ما هو فى صورة الاطلاق من الآمر فهو مقيد فى الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبى حنيفة ههنا قولا بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه فى غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أى العرض (متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم) أى السآمة (من العين) تنزل فى الجواب من المنع المذكور يعنى سلمنا أن مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وفى هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة على ما هو المروى عنه) أى المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهى مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول أبى حنيفة بل هى مروية عن أبى يوسف على ذلك الوجه وأما عند أبى حنيفة فهى على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة قال فى غاية البيان ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبى حنيفة أيضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض

تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر فى تلك السنة أو قبلها (قوله ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه) حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصى وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر (قوله والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة رحمه الله) والمسائل مروية عن أبى يوسف رحمه الله

(قوله والبيع بالغبن) تنزل فى الجواب يعنى سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أى العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا فلا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن أبى يوسف رحمه الله على ذلك الوجه وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فهى على اطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا فى اليمين جعل فى الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف فى اليمين فى نوع جريانه فى البيع فى ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفى التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشترى لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع فى الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف فى حقهما فاختلف الجواب كذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصى أجاب بقوله غير أن الاب والوصى لا يملكانه ومعناه أن كلامنا فى الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هى بيع من كل وجه وشراء

العرف اللفظى لا العملى (قوله أو لغيرها) أقول مختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه) أقول من قوله فتتقيد بمواقعها (قوله ان كلامنا فى الامر المطلق الخ) أقول فى مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده

من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ماقيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فماذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع وماقيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لايملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب أن لاتجوز المقايضة الا اذا كان مايقابله من العرض مثله في القيمة أو باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر

وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لايبيع يحنث به غير أن الاب والوصي لايملكانه مع أنه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

لابدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لايتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لاعام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية أيضا (وأنه) أي البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لانسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى ان من حلف لايبيع يحنث به) أي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لايلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا يرى أنه لو حلف لايأكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لاعلى الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لايباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية أخذا من النهاية أقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لايخرج عن كونه بيعا لاحقيقة ولاعرفا فيرد عليه أنه ان أريد أنه لايخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لايحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان أريد أنه لايخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذهو أول المسئلة حيث لايقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه (غير أن الاب والوصي لايملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني أن الاب والوصي انما لايملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) أي من كل وجه (لان ولايتهما) أي ولاية الاب والوصي على الصغير (نظرية) أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه (ولا نظر فيه) أي في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لانسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال

فاما عند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لاعام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام (قوله وانه بيع من كل وجه) أي البيع بالغبن أو بالعين بيع من كل وجه حتى أن من حلف لايبيع يحنث به أي البيع بالغبن أو بالعين (قوله والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة

(قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول فيه نظر فان الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء ثم ان أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف وان أراد انه حد للمعنى الاعم من كل منهما يكون قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بان كل ماصدق عليه حد الحيوان صاحب انسان من كل وجه فرس من كل وجه. (قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان الى قوله يخصه عليه) أقول قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع الى البيع والشراء والضمير في قوله يخصه راجع الى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع الى قوله عقد (قوله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر

صاحب العناية وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع قال وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما وأما ثانيا فلان قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حد الكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى أقول هذا ساقط لان باء المقابلة والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى أقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده الا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ماقاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى أقول وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح أما أولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد يطلق كل منهما على كل من معنى البيع والشراء وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضا هنالك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه أو اشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين باطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ولا شك أن ماهو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على أن اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد وأما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد أيضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء وأما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا أن يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ماقيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم أن ههنا أسئلة وأجوبة

الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه

ذلك ويترجح جانبه ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا علك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحمد المتصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى

ذلك ويترجح جانبه) أقول هذا تعليل لقوله السابق باسطر وهو قوله فيسقط ماقيل الخ وقوله فيعتبر ذلك يعني يعتبر البيع وقوله ويترجح جانبه يعني يترجح جانب البيع (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ) أقول ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ومهد به عذر الاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال يحتاج اليها كل متعلم و بين اتحادهما بالذات بعض الافاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ الخ) أقول أي في المقايضة بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود فان التعيين فيه لا يتوقف على اطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر (قوله لا يجوز له أن يبيع بالاقل) أقول اذا باع بجنسه

يستدعى بسطها لتحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال أن يوصف الشئ الواحد بصفة و بضدها فى حالة واحدة فلو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فى ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لا بدله من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر فى أن يجعل هو مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نسلم عدم الاولوية فى أحدهما لانه لا بد من ادخال الباء فى واحد منهما لتحقق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الاثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بحياله قلنا قد ذكر فى أوائل كتاب البيوع أن الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشئ من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعة سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل أما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهى موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة وأما اذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضا ثم ان كلامنا ههنا فى بيع المقايضة وهى تنبئ عن المساواة يقال هما قيضان أى متساويان فكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعة ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت الباء فى أحدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أى وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجحه وجانب البيع استدلالا بما ذكر فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيأ من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه كذا فى النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما أن كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لا بدله من مبيع وثمن وليس أحد البدلين أولى من الآخر فى جعله مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط وأما فى بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشترى لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول أبى حنيفة وذكر فى الذخيرة أن الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول أبى حنيفة ان كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى أقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس وأما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشترى بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه أو وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك أن يشترى به لنفسه وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه وكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه

فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن فى تصرفاته غبنا فاحشا ومع ذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحمد المتصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) وهو الغبن الفاحش وقال فى شرح الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا فى غاية البيان علل المصنف ما فى الكتاب بقوله (لان التهمة فيه) أى فى الشراء (متحققة فلعله) أى فلعل الوكيل (اشتراه) أى اشترى الشئ الذى وكل به (لنفسه) أى لاجل نفسه (فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) اشارة الى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم أو الاطلاق فى التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من ماله سوى المبيع الذى رضى بزوال ملكه عنه وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء فى الغبن الفاحش ذكرت فى كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا) أى المشايخ (ينفذ على الآمر) أى ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لانه) أى الوكيل (لا يملك شراءه) أى شراء ذلك الشئ المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم

(قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فاما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت وفى الذخيرة والوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان

(قال المصنف والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) أقول قال الاتقانى قال الشيخ الامام خواهر زاده جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال فى بيوع التتمة وبه يفتى انتهى وقال الزيلعى هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) أقول قال الزيلعى وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى وقد علم ذلك ضمنا فى التوكيل بالشراء فى شرح قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه (قوله أو قد وجده خاسرا الخ) أقول فيه أن المراد بعدم الموافقة فى عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا والا لا يكون دليلا للمدعاء فلا وجه لكلمة أو والظاهر أن أو تصحيف والاصل اذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا للمدعاء فليتامل (قال المصنف وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول لو كان ينبغى أن لا يجوز عنده أيضا لان الوكيل من قبل الزوج فى معنى الوكيل بالشراء

(والذى لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام رحمه الله هــذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت

وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لابد من الاضافة الى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذى لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده)

لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما فى الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه) أى زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أى عند أبى حنيفة ذكره محمد فى الاصل فى أول باب الوكالة فى النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس فى مثله فهو جائز وان زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا أن يرضاه واذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهى امرأته ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشترى عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لانه) أى الوكيل بالنكاح (لابد من الاضافة الى الموكل فى العقد) أى فى عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أى تهمة أن يعقده أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد) أى لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعنى يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فتتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) فى بيوع التتمة وبه يفتى (والذى لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين) هــذا لفظ القدورى فى مختصره ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه قال فى الذخيرة تكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روى عن محمد رحمه الله فى النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش قال واليه أشار فى الجامع فى تعليل مسئلة الزكاة قال المصنف (وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده) اعلم أن ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل فى العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسيرا للغبن الفاحش وأما الذى يقتضيه التطبيق لما عين فى سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسيرا للغبن اليسير وعن هــذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد فى تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثانى فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكى من هذه الفرقة وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش

الغبن على قول أبى حنيفة رحمه الله وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل فى بيع المقايضة فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع علك البيع بما عز وهان عنده وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله فى الوكيل بالبيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هــذه الرواية انه فى جانب العرض مشتر والوكيل بالشراء لا يشترى للآمر بالمحاباة الفاحشة (قوله وقيل فى العروض ده نيم الخ) جعل هــذا مما لا يتغابن فيه وفى الجامع الصغير للتمرتاشى قيل قدر ما يتغابن الناس فى

الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير هو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام

(قال المصنف والذى لا يتغابن الناس الخ) أقول قال الاتقانى قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ومشايخ بلخ فضلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن ادريس حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم هذا كلامه انتهى هــذا مخالف لما فى الهداية فان المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغبن الفاحش (قوله قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما الخ) أقول هذا التحديد للفرق وازالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش فلا يرد أن قوله لان هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لان المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما واذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة الى الفرق (قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول يعنى من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول لان

يعنى فى الهداية والكافى

لان التصرف يكثر وجوده فى الاول ويقل فى الاخير ويتوسط فى الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفه رحمه الله) لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به أولى

مالا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندى أن يكون تفسير الغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ فى كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابى فانه قال فى شرح الطحاوى وروى عن نصير بن يحيى أنه قال قدر ما يتغابن الناس فى العروض ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ أبو المعين النسفى فانه قال فى شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ فى الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل ومالا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل ومالا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأى القاضى ومحمد قدر فى هذا الكتاب يعنى فى الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير فى الاقسام المذكورة على الوجه المذكور (لان التصرف يكثر وجوده فى الاول) وهو العروض (ويقل فى الاخير) وهو العقارات (ويتوسط فى الاوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (واذا وكله) أى اذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أى ببيع عبد له وفى بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة) انما وضع المسئلة فى العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس فى تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره فى الايضاح قال المصنف (لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجرى على اطلاقه ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أى كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أى عند أبى حنيفة (فاذا باع النصف به) أى بذلك الثمن (أولى) أى فهو أولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغى أن لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز

العروض ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده جعل هذا بيان الغبن اليسير وفى النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويتحمل هذا المقدار من الغبن فى هذه الاجناس على هذا الترتيب (قوله واذا وكله ببيع عبده) قيد بالعبد لان بيع النصف فيما وكل ببيع ما ليس فى تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق * وفى الايضاح فى باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما أمر به فان لم يكن فى تبعيضه ضرر جاز فى قولهم لان البيع تناول الجملة فكان متناولا للابعاض وليس فى التفريق ضرر (قوله ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده) فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف يتضمن عيب الشركة فى العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر

فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقار ده دوازده. فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه فى القسم الاول كثير وفى الاخير قليل وفى الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم

قال (واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجرى على اطلاقه واستوضح بقوله ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به أولى

(قوله فى العروض) أقول مقول القول (قوله فاذا كان الغبن الخ) أقول توضيح للقيل الاول (قوله فاذا باع النصف به أولى) أقول من أين علم أنه باع النصف به فانه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن الا أن يبنى على الظاهر من الحال

(وقالا لايجوز) لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقى قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابى حنيفة أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر

ذلك وهو أهون أولى (وقالا لايجوز) أى لايجوز بيع نصف ذلك العبد (لانه غير متعارف) يعنى أن التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لانها عيب (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أى الموكل والوكيل (لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين أنه) أى البيع الاول (وقع وسيلة) الى الامتثال (واذا لم يبع) الباقى (ظهر أنه) أى البيع الاول (لم يقع وسيلة) الى الامتثال (فلا يجوز وهذا) أى كون البيع موقوفا الى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) اذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا فى معراج الدراية وقال الزيلعى فى التبيين وقولهما استحسان والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله اهـ والمعنى الاول أنسب بعبارة الهداية كما لايخفى على الفطن (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا) الشقص الجزء من الشئ والنصيب كذا فى المغرب (فاذا اشترى الباقى قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع) أى شراء البعض (وسيلة) الى الامتثال (فينفذ على الآمر) لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المصنف (وهذا) أى جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فى التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال أبو يوسف ان أعتقه الآمر جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فأبو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا يرى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد يقول انه قد خالف فيما أمره به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشترى الباقى فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتريه بقى مخالفا فاذا أعتقه الآمر لم يجز كذا فى النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح (والفرق لابى حنيفة) أى بين البيع والشراء (أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعنى أن التهمة متحققة فى الشراء

ببيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى (قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف) أى بالاتفاق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه قال أبو يوسف رحمه الله ان أعتقه الآمر جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رحمه الله ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول بان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى انه لو أجاز صريحا لنفذ عليه والاعتاق اجازة منه فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمد رحمه الله يقول بانه خالف فى أمره وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم دفعه بان يشترى الباقى فيرتفع الخلاف وقبل ان يشتريه بقى مخالفا فان أعتقه الآمر لم يجز كذا فى الايضاح (قوله على مامر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه

وقالا لايجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا فى التوكيل بالبيع والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن التهمة فى الشراء متحققة على مامر من قوله

(قال الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول أراد به الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح وقول المصنف قبل نقض البيع

وآخر أن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده

دون لبيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أي وفرق آخر لابي حنيفة بين البيع والشراء (أن الامر بالبيع) في صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أي ملك الآمر (فيصح) أي الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) أي اطلاق الامر (والامر بالشراء) في صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أي الامر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه أن يشترى العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف قال صاحب العناية بعدما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلابد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى الى هنا كلامه أقول في الجواب شئ وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع أيضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشرا فلو لم يعمل بالعرف أيضا لزم ابطال الدليلين معا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لا تأثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقى الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده به في صورة البيع أيضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق وأما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده انتهى أقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف الا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده

(قوله وآخر أن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه) لان له ولاية مطلقة في ملكه والامر بالشراء صادف ملك الغير لانه يلاقي مال البائع وذمة المامور وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير ولا يعتبر اطلاقه فيه لان العمل ضروري ولا عموم للضروريات فاذا صار المتعارف مرادا لم يبق غيره مرادا ولانه لو اعتبر العموم في التوكيل بالشراء لاشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم

فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق آخر أن الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه وأما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق أي اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه أن يشترى العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلابد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه

(قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الامر بالبيع الخ) أقول وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف في كله ملكه التصرف في بعضه أيضا والعرف العملي لا يصح مقيدا للفظ كمن قال لامرأته طلقي نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ومرت المسئلة في الاختلاف في الشهادات بدليلها ولما لم يملك الموكل الشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى

يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف في الكل يتضمن تمليكه في البعض فلم يمكن اعتبار الامر فبقى اعتبار العرف العملي الحمد لله على ما هدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أقول الظهور أن اعتبار اطلاق الامر وتقييده فرع عن صحة الامر (قوله واذا صح فلابد له من محل فجعلناه الثمن) أقول ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل والا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيرا لا تتعلق به الحقوق وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر

فباعه وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو باباء يمين أو باقرار فانه يرده على الآمر) لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج

فباعه) وسلمه (وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه) أى على البائع المشترى (بعيب لا يحدث مثله) أى لا يحدث مثله أصلا كالاصبع الزائدة والسن الشاغية أو لا يحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضي) متعلق برده أى رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (ببينة) متعلق بقضاء القاضي أى قضائه ببينة المشترى (أو باباء يمين) أى أو قضائه باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه (أو باقراره) أى أو قضائه باقرار البائع (فانه) أى البائع وهو المامور (يرده) أى يرد العبد الذى رد عليه (على الآمر) بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل فى هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان اجبارا على القبول كذا فى النهاية وكثير من الشروح وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فى فائدة ذكره قلت الكلام وقع فى الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله فى عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذا فافهمه واغتنمه انتهى كلامه أقول هذا الجواب ليس بشاف اذ هو لا يحسم عرق السؤال لان هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء أى حاصلة بعد حصوله وكلام السائل فى سبب وقوع القضاء ابتداء يعنى أن القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة وفيما اذا أقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة الى القضاء رأسا فأى سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الشافى هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول المعيب يقتضى الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان القاضي تيقن بحدوث العيب فى يد البائع) اذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله (فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج) يعنى البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال لما كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغى أن يقضى القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فأجاب بان قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ أقول لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السؤال الا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يأبى ذلك جدا لان منشأ السؤال ما سبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذى ذكر دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضي يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لا يجدى ذلك طائلا أما أولا فلانه قد اعترف ابتداء فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلانه لا مجال لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله فى التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض

وقبض الثمن أولم يقبضه فرده المشترى على البائع بعيب فاما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما أن يكون بعيب يحدث مثله أولم يكن فان لم يكن فاما أن يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع أولم يكن فان كان الاول لا يحتاج الى حجة من بينة أو نكول أو اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب فى يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره

(قال المصنف بعيب لا يحدث مثله) أقول أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة يدل عليه قول القاضي يعلم أنه لا يحدث فى مدة أشهر وهذا أعم مما لا يحدث أصلا أو يحدث لكن لا فى تلك المدة

انه لم يقصد ذلك فحمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير والوكيل بالبيع لا يعدو تصرفه

وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة

أحدهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى (وتأويل اشتراطها) أي اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (ان القاضي يعلم انه) أي العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج) أي الى واحد منها (لظهور التاريخ) أي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أو كان عيبا) اشارة الى تأويل آخر أي أو كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا (لا يعرفه الا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه (أو الاطباء) أي أو عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم (وقولهن) أي قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) أي ليس بحجة في الرد على البائع (فيفتقر) أي القاضي (اليها) أي الى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع أقول في هذا التأويل نظر اذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التأويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسئلة أيضا اذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المأمور باقرار قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور اليها فينبغي أن لا تتعدى الى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتأمل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا أو علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان أيضا أقول ذلك التأويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله اذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) أي القاضي (الى شيء منها) أي من تلك الحجج (وهو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة) مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ

ما أمر ببيعه فامكن اعتبار الاطلاق فيه (قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب) يعني لما تيقن القاضي بحدوث العيب في البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تأويل اشتراطها ان القاضي علم أن العيب لا يحدث مثله في شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لا يحدث في مثل هذه المدة أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجة للرد * فان قيل اذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار * قلنا يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا

وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء أو الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة أو باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة أي كاملة فتتعدى

(قال المصنف فيفتقر اليها) أقول قال الاتقاني أي فيفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلا برد المبيع انتهى ولعله قصور

قال (وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء عين) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد

بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال وكذلك اذا رده) أى وكذلك الحكم اذا رد المشترى العبد عليه) أى على الوكيل (بعيب) أى بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده أى رده عليه ببينة (أو باباء عين) أى النكول عن اليمين (لان البينة حجة مطلقة) أى كاملة فتتعدى كذا فى العناية وهو الظاهر وقيل أى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى (والوكيل مضطر فى النكول) هذا جواب عن خلاف زفر فى اباء عين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيأ باعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه جعل هذا وما لو رد عليه باقراره سواء فى حق البائع فكذا فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أى عن علم الوكيل باعتبار عدم ممارسة المبيع) فانه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الآمر) أى فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا الا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر الى النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا فى المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (فان كان ذلك) أى الرد على الوكيل (باقرار) أى باقراره (لزم المامور) أى لزم العبد المامور وهو الوكيل (لان الاقرار حجة قاصرة) فيظهر فى حق المقر دون غيره (وهو) أى المأمور (غير مضطر اليه) أى الى الاقرار (لامكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (الا أن له أن يخاصم الموكل) يعنى لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة أو بنكوله) أى بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة فى المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى أقول ليس هذا بتام اذ يجوز أن يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة أن يجبره القاضى على القبول كما قالوا فى اقرار الوكيل على أنه يجوز أن يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة فى المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما اذا كان الرد) أى الرد باقرار

عليه على القبول (قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء عين) أى ان نكل الوكيل يرده على الآمر أيضا وفيه خلاف زفر رحمه الله * فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب أن لا يلزم الموكل كمن اشترى شيأ وباعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد به عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفر رحمه الله جعل هذا وما لم يرد عليه باقراره سواء فى حق البائع الاول فكذا فى حق الموكل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن فى عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره (قوله والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه) هذا يشير الى أن الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول (قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث

والوكيل فى النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه أمكنه السكوت أو الانكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة

(قال المصنف فان كان ذلك باقرار لزم المامور) أقول قال الكاكى واذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضى فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا باقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى بقى ههنا أمر وهو ما اذا كان علم القاضى للعيب القديم باقرار الوكيل بان كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فاراد المشترى الرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضى بعيب ففى مثل هذه الصورة ينبغى أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتامل

بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى غير أن الحجة قاصرة وهى الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة

الوكيل (بغير قضاء) يعنى أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضى باقراره وأما اذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لانه) أى الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد فى حق ثالث) وان كان فسخا فى حق المتعاقدين (والبائع) يعنى الموكل (ثالثهما) أى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشترى قال صاحب غاية البيان وكان ينبغى أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره وكان ينبغى أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الآمر ثالثهما لان الكلام فى مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغى أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا فى حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضى) يعنى أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضى لان القاضى يرده على كره منه فجعل فسخا لعموم ولاية القاضى (غير أن الحجة قاصرة وهى الاقرار) يعنى لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهى الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أى من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) أى للوكيل (أن يخاصم) أى مع الموكل (ومن حيث القصور فى الحجة) أى من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) أى الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال فى النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لامحالة انتهى أقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال فى النهاية انما هو فى أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا أقر الوكيل بالعيب لم يبق هنالك حاجة الى قضاء فمن أى وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال وأجاب عنه بان قال يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ثم يمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب فى أول المسئلة ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن وجه وجيه فان فيه مندوحة عن التوجيه الذى تمحل به المصنف فى باب خيار العيب فى مسئلة رد المشترى الثانى على المشترى الاول بعيب بقضاء القاضى باقرار أو ببينة أو باباء يمين حيث قال

مثله) حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه أى موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع فى أنه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه فى الرد فى بعض الصور * والفرق ان الرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعا جديدا لفقد التراضى فكان فسخا الا أن هذا فسخ بدليل قاصر فلقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل من حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضى فامكن اعتباره بيعا جديدا فى حق الثالث فيبطل حق الخصومة * فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم اطلع المستأجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة فى حق الموكل حتى كان الوكيل استأجر من المستأجر وذلك جائز اذا فعل * قلنا لا فرق بينهما فى الحقيقة لان قبول الوكيل فى الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل فى البيع

أو بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى غير أن الحجة وهى الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال فى النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لامحالة وان كان الثانى فاما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه لانه بيع جديد فى حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع أى الموكل ثالثهما وان كان الثانى والرد باقرار لزم الموكل بغير خصومة فى رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضى ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه فى عيب لا يحدث مثله رد عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفى عامة الروايات انه لا يلزم الامر وليس للمامور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد فى حق ثالث وقوله الرد متعين

(قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة فى المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل (قال المصنف ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة) أقول وعدم الاضطرار اليه وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف والا فينبغى أن لا يلزم الموكل فى صورة النكول أيضا الا بحجة لان النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فانه اقرار عندهما (قوله لانه يقبله لامحالة) أقول اذ لا نسلم انه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة (قوله

ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية لان الرد متعين وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق فى وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا

هنالك ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغى أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما فى الوكيل بالاجارة فانه اذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة فى حق الموكل فكذا هذا قلنا من أصحابنا من قال لا فرق بينهما فى الحقيقة لان المعقود عليه فى اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان فى ضمان المؤجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهنالك يلزم الآمر فكذا فى الاجارة وقال شمس الائمة السرخسى وفى الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة فى حق أحد لان على احدى الطريقتين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أى وكان الرد بغير قضاء (باقراره) أى باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية) أى فى رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضى لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال فى الكافى فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة (وفى عامة الروايات) أى عامة روايات المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) يعنى لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه بيع جديد فى حق ثالث (والحق) أى حق المشترى (فى وصف السلامة) هذا جواب عن قوله فى رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعنى لا نسلم أن الرد متعين لان حق المشترى يثبت أولا فى الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (الى الرد ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة فى المبيع (الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف (وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره فى الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان فى شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى أقول ولعمرى ان رتبته لا تحتمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضى ما فى

ممنوع لان حق المشترى فى الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء قال

ثم نه ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع) أقول اذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشترى بعيب آخر

بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه فى الاجارة المنافع وهى غير مقبوضة (قوله ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار فانه يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية لان الرد متعين) لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضى لو ترافعا اليه لان الرد متعين فى هذا فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضى فكيف يكون ذلك مع التفاوت فى الولاية وفى حكم الاصل اذ الاصل فى هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار

قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أي أجل كان

احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) يعني اذا اختلف الآمر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ زائدا عليه فالقول قول الآمر (لان الامر يستفاد من جهته) أي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد أشار اليه بقوله (ولا دلالة على الاطلاق) اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين على أن الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان اختلف في ذلك) أي في الاطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيأ (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ أقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيأ قال القول قول المضارب الذي أخذ المال انتهى لفظ محمد قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لان الاصل في المضاربة العموم) يعني أن الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن في العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الاصل في المضاربة العموم والاطلاق (ألا ترى أنه) أي المضارب (يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعني أن المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما (فقامت دلالة الاطلاق) أي فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع) أي في نوع مسمى (والمضارب في نوع آخر) أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أي عقد المضاربة (الى الوكالة المحضة) وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع) في صورة الوكالة (ينتظمه) أي ينتظم البيع (نقدا ونسيئة الى أي أجل كان)

الى الرد اضرورة العجز فاذا انقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا (قوله ولا دلالة على الاطلاق) أي معنى الوكالة على التقييد حيث لا تثبت الوكالة بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيع ذلك الشيء ألا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لم يكن له ان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط أما لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (قوله ومن ادعى التقييد في الوكالة) كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (قوله الى أي أجل كان)

(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد الخ) اذا اختلف الآمر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول للآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف مدعاه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أي أجل كان)

متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع (الى خمسين سنة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف (والوجه)
من الجانبين (تقدم) فى مسئلة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا

بيبع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا و يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه و يموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز

(قوله قيل المراد بالكفالة الى قوله يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا) أقول قوله يرفع الامر الى حاكم يعنى الى حاكم مالكى يرى براءة الاصيل ولا يرى الرجوع على الاصيل بموت الكفيل مفلسا ورجح الزيلعى القيل الثالث لان المراد توى مضاف الى أخذ الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القيل الثانى لانه لو لم يأخذ كفيلا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وفى الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل

بفعل

عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن أمر رجلا بيبع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه

متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف) حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع فان أبا حنيفة عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب أن يذكر مسئلة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بيبع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أى الرهن (فى يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أى على الكفيل (فلا ضمان عليه) أى على المأمور وقال الكاكى فى معراج الدراية فلا ضمان عليه أى على الكفيل وتبعه الشارح العينى أقول لا وجه له أصلا اذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل لذلك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل اذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ألا يرى قول المصنف فى تعليل المسئلة (لان الوكيل أصيل فى الحقوق) أى فى حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أى من الحقوق (والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كان استيفاء الثمن من حيث انه بدله أقيم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك أمانة فكذلك الرهن وقيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم أن القول الثالث الذى ذهب اليه صاحب الكافى حيث قال فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعى قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فى التبيين وفى النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد ههنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتو دينه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير مضاف الى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا و يحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى ههنا كلامه فتامل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز (لانه) أى الوكيل بقبض

عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق (قوله والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف (قوله فتوى المال عليه) بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه أيضا

يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

(فصل) قال (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك

الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه (وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أى يقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) أى عن قبض الثمن فينزل الوكيل فى ذلك منزلة المالك والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أو أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

(فصل) لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا فى الشروح قال فى غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة الا أن يقال يفهم هنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم أن هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى وأما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به فى المبسوط حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فايهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما فى عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور فى مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) أقول فيه شئ وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأى لما احتاج الى استثناء أمور أربعة من الامور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهى ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور

مات مفلسا أو غاب ولا يعرف موضعه أو بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل (قوله والوكيل بالبيع يقبض اصالة) لان الوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان وأخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن فى يده فقد صار مستوفيا والاستيفاء مملوك له ألا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك فى يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند أبى يوسف رحمه الله لان الحوالة تتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولو رد الرهن جاز وضمن للموكل أقل من قيمته ومن الثمن وعند أبى يوسف رحمه الله لا يصح رده

(فصل) واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى هذا أو بخلع امرأتى اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد فى التصرف وفى المبسوط فى باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فايهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما فى عقدة على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة ثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد

لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه فى قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

(فصل) وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا (واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف) لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما فى الكتاب فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام أو أحدهما صبى أو عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا

لان الموكل رضي برأيهما الا برأي أحدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال (الا أن يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء

الخسة في الاستثناء بكلمة واحدة لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر أن كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف أن كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ماذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي أن يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا أخص مما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كبير طائل كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل أصل المسئلة (لان الموكل رضي برأيهما الا برأي أحدهما) اذ لا ينال برأي أحدهما ما ينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز الا أن يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجازه لم يجز في قول أبي حنيفة كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فاجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده (والبدل وان كان مقدرا) هذا جواب شبهة وهي أنه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري) يعني أن تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار أحدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أي القدوري في مختصره (الا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه في خصومته بعض مشايخنا قالوا يشترط وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط واطلاق محمد يدل على هذا قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لان الاجتماع فيها) أي في الخصومة (متعذر للافضاء الى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا في الصحاح (في مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب

كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب سؤال وهو أن البدل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى الرأي فينبغي أن يستبد كل واحد منهما بالتصرف حينئذ فقال والبدل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته أو يختار الآخر مشتريا لا يماطل في أداء الثمن (قوله الا أن يوكلهما بالخصومة) فلا يشترط حضور صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط (قوله للافضاء الى الشغب) وانه مانع اظهار الحق ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء

لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف (قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما ووجه ذلك أن البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختاران من هو أحسن أداء للثمن وقوله (الا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء

(قوله يعني أن أحد الوكيلين الخ) أقول لعله بيان لخلاصة المعنى والا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة الى الطلاق والعتق بغير عوض من غير حضور ورد داعية اليه اذ المستثنى منه وهو كلام القدوري مطلق عن الاحتياج الى الرأي كما لا يخفى

والرأي

وقوله (والرأي يحتاج اليه سابقا) اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض شيء منه قوله

والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال (أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة

لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما (والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة) اشارة الى دفع قول زفر فانه قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما ووجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك (قال) أي القدوري في مختصره (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أي أو ان وكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أي أو ان وكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما أن يعتقه وحده (أو برد وديعة عنده) أي أو ان وكلهما برد وديعة فان لاحدهما أن يردها منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما أن ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي أن يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وأما في حالة الانفراد فغير مامور بقبض شيء منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو أن هذا انما يتم فيما يقسم عند أبي حنيفة على ما سيجيء في الوديعة انتهى أقول ليس كلامه بشيء اذ منشؤه الغفول عن قيد الاذن فان الذي سيجيء في الوديعة هو أنه ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقالا لاحدهما أن يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا اختلاف وأن لا يجوز ذلك باذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبي حنيفة خلافا لهما وما ذكر في الذخيرة وفي العناية انما هو فيما اذا قبض أحدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أي أو ان وكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه أيضا (لان هذه الاشياء) يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو) أي بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أي تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة

(قوله والرأي يحتاج اليه سابقا) يعني أن الخصومة وان افتقرت الى تعاون الرأيين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الاصوب فيها لكن انما يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء (قوله أو برد وديعة) قيد بردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة له ليس لكل واحد منهما أن يتفرد بالقبض وفي الاصل واذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغي أن يكون ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير مامور بقبض شيء منه

(قوله ووجه ذلك أن المقصود الخ) أقول ناظر الى قوله اشارة الى دفع قول من قال الخ (قوله ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ) أقول أي نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم ثم أقول هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لانه مامور بقبض النصف الخ) أقول بين فيما يقسم اذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مامور بقبض النصف أيضا وفي النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيتم الكلام قسمي الوديعة فافهم ثم اعلم أن قوله لانه مامور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر

المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما

المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف فى المعنى (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بايديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما فى هاتين الصورتين (لانه) أى لان ما قاله لهما فيهما (تفويض الى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر فى باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بان فيه ابطال حق الآخر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال هنا ضمنى فلا يعتبر وأجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا انتهى أقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم أما قوله فانه تمليك أيضا فلانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف فى باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس و بعده وله أن يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا انتهى وأما قوله كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به ألا يرى الى قول المصنف فى أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع انتهى والى قوله فى أواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولانه) أى الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين أى بدخولهما الدار مثلا يعنى يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليه والى قوله أمرها بايديكما وقد تبعه فى جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من أظهره فى أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا فى قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا أقول وأنا لا أرى بأسا فى ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر ساله وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد أيضا فى صورة ان قال لهما أمرها بايديكما وقد صرح

(قوله فاعتبره بدخولهما) أى فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان دخلتما الدار فامرأته طالق لا تطلق ما لم يدخلا (قوله فعقد وكيله بحضرته جاز) لم يشترط الجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل الاول جاز حكى عن الكرخى رحمه الله انه قال ليس فى المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا فى بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان حمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم

(وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بأن فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمنى فلا يعتبر أجيب بأنه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع (قوله ولانه) متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففى قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع أحدهما أجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط

(قوله ألا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل لاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا

قال

وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله أمرهما بايديكما مفوضا الى رأيهما أجيب بانه ليس يحتاج الى الرأى بخلاف الامر باليد قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا (قوله وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء) وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا من الاول وأيضا الرضا برأى الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه فى رأى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة للقوة فى الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه فى هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله الا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فانه ان أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضى برأى غيره أو أطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره فى التصرف فى ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

(قوله فان قيل فاجعله) أقول الضمير فى قوله فاجعله راجع الى قوله طلقاها فى قوله فان قيل ففى قوله طلقاها الخ (قال المصنف لانه رضى برأيه) أقول الدليل خاص بما يحتاج الى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا الخ) أقول فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الاولى (قوله وأيضا الرضا برأى الوكيل الخ) أقول لا يذهب عليك انه انما رضى برأيه فى التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر باحوال الرجال فليتامل فانه ينبغى أن يحمل كلام الشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه) أقول الضمير فى قوله أوقويه راجع الى قوله رأيا (قوله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول الظاهر أن يقال فى هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول يعنى قبول توكيله جبرا من الشرع

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء قال (الا أن يأذن له الموكل)

المصنف فى فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشراح فى بيانه وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم أخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدورى فى مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه) أى الموكل (فوض اليه) أى الى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض اليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (لانه) أى لعلة أن الموكل (رضى برأيه) أى برأى الوكيل (والناس متفاوتون فى الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأى غيره فيكون الوكيل فى توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا تجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى من الاول وأيضا الرضا برأى الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه فى رأى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة فى القوة فى الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه فى هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى أقول الجواب الذى ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثانى منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا أن رد توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأى الوكيل كما ذكره فى الوجه الثانى منه فما الرجحان فى ايثار هذا التناقض على ذلك التناقض ثم أقول فى الجواب عن الوجه الثانى منه ان الموكل انما رضى برأى الوكيل فى تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الاجارة أو نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل فى ذلك التصرف فلا تناقض فى رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل فى التوكيل أو برأيه مطلقا ولهذا اذا أذن له الموكل فى التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتى واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا أقول أصل الدليل أنه رضى بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون فى الافعال فيعم ما يعمه المدعى الا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء (قال) أى القدورى فى مختصره (الا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به فانه اذا

بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولى الا باجازته لان اجازة بيع الفضولى لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا هنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل فى المسئلة روايتين وجه رواية

و ينعزلان بموت الاول وقدم نظيره فى أدب القاضى حيث قال وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى آخر ماذكر ثمة فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأى وقد حصل قيل أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريحا ذكره فى الذخيرة فما الفرق بينهما وأجيب بان صاحب الذخيرة قال

لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لايملك الاول عزله ولا ينعزل بموته و ينعزلان بموت الاول وقدم نظيره فى أدب القاضى

أذن له فى ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أى لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطف على ياذن له الموكل أى أو الا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لاطلاق التفويض الى رأيه) أى الى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف (واذا جاز فى هذا الوجه) أى اذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه وذلك بان ياذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثانى) أى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لاعن الوكيل الاول (حتى لايملك الاول) أى الوكيل الاول (عزله) أى عزل الوكيل الثانى (ولا ينعزل) أى الوكيل الثانى (بموته) أى بموت الوكيل الاول (و ينعزلان) أى الوكيل الاول والوكيل الثانى (بموت الاول) أى بموت الموكل الاول (وقدم نظيره فى أدب القاضى) وهو ماذكره فى فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لايملك الاول عزله أقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحواهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا فى بيان مامر نظيره فى أدب القاضى وهو ماذكره هنالك بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال ولو قضى الثانى بمحضر من الاول أو قضى الثانى فاجازه الاول جاز كما فى الوكالة فحقهم الكلام فى قوله كما فى الوكالة مع أن نظير ماذكره المصنف هنا انما هو ماتركوه وهو قوله هنالك بعد ذكر ماذكروه واذا فوض اليه يملكه يصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لايملك الاول عزله وكانهم انما اغتروا بما فى قوله كما فى الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتى من أنه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لايخفى بقى ههنا بحث وهو أن قول المصنف حتى لايملك الاول عزله ظاهر فى صورة أن ياذن له الموكل فى التوكيل لان الاذن له فى ذلك لا يقتضى الاذن له فى العزل أيضا وأما فى صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل فى عمومه توكيل الوكيل غيره وأنه اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغى أن يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثانى أيضا بعموم وكالته عن الموكل الاول و بكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما أن للقاضى أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ماعرف فى محله ويؤيد هذا ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله و يكون الوكيل الثانى وكيل الموكل الاول لاوكيل الوكيل حتى لومات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثانى ولومات الموكل الاول أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثانى جاز عزله لان الموكل الاول رضى بصنيع الاول وعزل الاول الثانى من صنيع الاول الى ههنا كلامه ولا يخفى أن الموكل الاول فيما نحن فيه أيضا رضى بعمل الوكيل الاول برأيه وأن عزل الوكيل الاول الثانى من عمله برأيه فينبغى أن يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل دونه

الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأى الاول

محمد رحمه الله قال فى الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخى رحمه الله أنه كان يقول ليس فى المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا فى بعض المواضع أنه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ماذكر ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا أحد وكيلى

(قال المصنف حتى لايملك الاول عزله) أقول فيه انه ينبغى أن يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك قال

(قوله وأجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد قال فى الجامع الصغير الخ) أقول قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال فى الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة) أقول الضمير فى قوله وعقده راجع الى قوله فضوليا (قوله وهو أصل) أقول الظاهر أن يقال وهو حاصل

قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر

خوط القتاد (قال) أى القدورى فى مختصره (فان وكل) أى الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول (جاز) أى جاز العقد (لان المقصود) أى مقصود الموكل الاول (حضور رأى الاول) أى حضور رأى الوكيل الاول (وقد حضر) أى وقد حضر رأيه فى الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط قلت ماذكره فى الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثانى لا مطلق الحضرة هكذا ذكر فى الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال فى الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل الاول جاز وحكى عن الكرخى انه كان يقول ليس فى المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا فى بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له فى ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولى الا باجازته لان الاجازة ببيع الفضولى لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل فى المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول أن بيع الثانى حال غيبة الاول انما لا يصح لتعرى العقد عن رأى الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأى الاول وعلى هذا أحد وكيلى البيع والاجارة اذا أمر صاحبه بالبيع أو الاجارة فباع بحضرته فى رواية لا يجوز الا باجازته وفى رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا فى اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما فى تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأى وقد حضر كما ذكره انتهى وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال أنت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره انتهى أقول وفيه نظر لانه يجوز أن تكون الفاء فى قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما فى قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذى يطير فيغضب زيد الذباب على ماذكروا فى موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدى المعطوف عليه أعنى قوله والوكيل الاول حاضر أو غائب اذ قد تقرر فى محله أن العطف على مقيد بشئ انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشئ فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما فى قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وقولنا ان جئتنى أعطك وأكسك وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك فى شئ وما نحن فيه

البيع وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا فى اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما فى تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأى وقد حضر كما ذكره وتوجيه كونه فضوليا فى أحد وكيلى البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل فى الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لى فى هذا الموضع والله أعلم بالصواب

(قوله وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا الخ) أقول أنت خبير بان قوله فاجاز الوكيل الاول عطف على قوله اذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره فتأمل ثم أقول لا يخفى عليك ان مآل ماذكره تخطئة مشايخنا فى مثل ذلك الامر الذى لا يخفى على أصاغر الطلبة والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن فى أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره بل الظاهر أن ماذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها أو جزؤها (قوله فلانه معارض بان المقصود الخ) أقول واذا تعارضا تساقطا وبقى كون الاصل فى التوكيل الخصوص سالما عن المعارضة فلا يجوز بلا اجازة فتأمل (قوله وتوجيه كونه فضوليا الى قوله بخلاف وكيل الوكيل) أقول هو غير مأمور بالتصرف استقلالا فيكون فى تصرفه كذلك فضوليا ألا ترى أن أحدهما اذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق فى الصفحة السابقة

وتكلموا فى حقوقه (وان عقد فى حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لان الرأى فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى

من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف (وتكلموا فى حقوقه) أى فى حقوق عقد الثانى بحضرة الاول يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبى منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة على الاول دون الثانى ومنهم من قال العهدة على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى وهو الوكيل الاول كذا فى الملتقط وقال فى الذخيرة ثم اذا باع أو اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الجامع الصغير وذكر البقالى فى فتاواه أن الحقوق ترجع الى الاول وفى حيل الاصل والعيون أن الحقوق ترجع الى الثانى انتهى وقال فى فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر فى الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثانى وهو الصحيح انتهى (وان عقد) أى الوكيل الثانى (فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز) أى لم يجز العقد (لانه فات رأيه) أى رأى الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (الا أن يبلغه) أى الا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثانى الوكيل الاول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أى وكذا يجوز لو باع الاجنبى (فبلغه) أى فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه) أى فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لانه حضره رأيه) أى باجازته (ولو قدر الاول) أى الوكيل الاول (الثمن) أى ثمن ما أمر ببيعه (للثانى) أى للوكيل الثانى الذى وكله بغير اذن موكله بأن قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) أى فعقد الثانى بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول (يجوز) أى العقد (لان الرأى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أى وقد حصل تقدير الثمن الذى هو المقصود بالرأى واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما) أى لان الموكل لما فوض الرأى الى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى) الذى لا يماطل فى تسليم الثمن

(قوله وتكلموا فى حقوقه) ذكر البقالى فى فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى وذكر الامام المحبوبى منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة على الاول دون الثانى ومنهم من قال العهدة على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول (قوله ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) أطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع

(قوله وتكلموا فى حقوقه) يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رحمه الله فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ رحمهم الله فى ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة عليه لا الثانى ومنهم من قال على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى (وان عقد الثانى فى غيبة الاول لم يجز) لفوات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته جاز لان الرأى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر

(قوله حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى) أقول فيه نظر اذ يقال ثبت العرش ثم انقشه

على مابيناه أما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال (واذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

(على مابيناه) اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري (أما اذا لم يقدر) أي الموكل (الثمن وفوض الى الاول) أي وفوض الرأي الى الوكيل الاول (كان غرضه) أي غرض الموكل (رأيه) أي رأي الوكيل الاول (في معظم الامر) أي معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير في الثمن) وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة أن يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضا كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف يتم أن يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع) أي أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أي للصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف (معناه) أي معنى قول محمد أو باع أو اشترى لها (التصرف في مالها) أي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين أحدهما أن يشتري لها اشياء من مال نفسه والآخر أن يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثاني وقال في تعليل المسئلة (لان الرق والكفر يقطعان الولاية) يعني أن التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره) يعني اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (حتى لا تقبل شهادته) أي شهادة الكافر (عليه) اى على المسلم (ولان هذه) أي هذه الولاية (ولاية نظرية) أي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أي تفويض هذه الولاية (الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوض اليهما)

النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد (قوله معناه التصرف في مالها) يريد به التعميم أي لا يختص بالبيع والشراء بل أي تصرف كان لم يجز أو معنى قوله معناه التصرف في مالها ان الشراء ينفذ عليه لا عليها لانه تصرف في مالها وليس له ولاية على مالها أو معناه بان اشترى لها بمالها الا أن يكون المراد أن يشتري لها بمال نفسه

ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما (اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري وأما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات أن يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته) اذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة أو باع أو اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق أما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

(قوله فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه الخ) أقول اختيار المشتري أيضا من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الاول الثمن تكون النيابة في مجرد العباره

(قال أبو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) لان الحربي أبعد من الذمي فاولى بسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد أقول وأنا لم أر نسخة الى العاقد قط ولم أجد لها وجها ههنا اذلا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لايخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أي لايجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع أقول قد أدرج في قولهما الحربي أيضا والعذر الذي ذكروه لايجري فيه قطعا فلا يتم (لان الحربي) وان كان مستأمنا (أبعد من الذمي) لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ماهو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف (فاولى بسلب الولاية) أي فالحربي أولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها (وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أي لكن تصرفه (موقوف) أي موقوف على اسلامه ان أسلم صح وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع اليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية يعني لكن تصرفه أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه (بالاجماع) متعلق بقوله موقوف أقول لايخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى لحق العبارة ههنا ماذكره صاحب الكافي حيث قال وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع (لانها) أي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أي الولاية النظرية بتاويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أي بسبب اتفاق الملة بين الاب والولد (وهي) أي الملة (مترددة) في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرفه (وبالاسلام) أي بالعود الى الاسلام (يجعل) أي المرتد (كانه لم يزل مسلما فيصح) أي تصرفه أقول بقي في هذا المقام شيء وهو أن ماذكره من قوله واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد وجد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فاولى أن لاتثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لاتقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أن تصرفهما على المسلم لايجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع (قوله لان الحربي أبعد من الذمي) ألا ترى أن شهادته على الذمي لاتقبل والذمي صار منا دارا وان لم يكن منا دينا وتحقق في حق الذمي ماهو خلف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخلف

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي أبعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ماهو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان أسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك أي الولاية النظرية بتاويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان أسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

*(باب

(باب الوكالة بالخصومة والقبض) أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أو لانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض أي بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي (ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض) لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض

(باب الوكالة بالخصومة والقبض) المناسبة

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أو لانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لانسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها اه أقول هذا ساقط جدا لان المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أولا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أي القدوري في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أي عند علمائنا الثلاثة كذا في النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك وأحمد وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أي زفر (يقول) انه (رضي) أي الموكل (بخصومته) أي بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي (ولم يرض به) أي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة (ولنا أن من ملك شيأ ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعني أن الوكيل بالشئ مامور باتمام ذلك الشئ واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية مالم يقبض وذلك لانه مالم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية في تقريره ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه أقول ليس هذا بشئ فان منشأ الغفلة

(باب الوكالة بالخصومة والقبض) والله أعلم

(قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) سواء كانت الخصومة في الدين أو في العين

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله لان الخصومة تقع) أقول أي قد تقع (قوله أو لانها مهجورة شرعا) أقول قوله أو لانها مهجورة معطوف على قوله لان الخصومة الخ فيه بحث لانا لانسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي) أقول فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض) أقول ان أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الانكار بعد ذلك الخ) أقول قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر والنادر لا حكم له فراجعه

والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع

عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به اذلا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به والا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعا ومعنى ماذكره فى أوائل كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوض اليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه أو عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه أيضا ذلك البعض فى قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان أريد قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه أقول المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل و يترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل فى ضمن ذلك مالا تتم الخصومة الا به وهو القبض فملكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته وقبضه و به أفتى الصدر الشهيد أيضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح أيضا الا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان مالا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف (ونظيره) أى نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فانه (يملك القبض على أصل الرواية) وهو رواية الاصل (لانه فى معناه وضعا) أى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله أى لان التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم أدر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض أقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك أن معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لاغير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور ولعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فحينئذ لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على أصل الوضع و يرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (الا أن العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أى العرف (قاض على الوضع) أى راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية

(ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء) ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة أما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته وقبضه وبه أفتى الصدر الشهيد رحمه الله وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان مالا يتم الواجب الا به فهو واجب (ونظير هذا الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا) يقال تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته (الا أن العرف بخلافه) لان الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لا القبض (والعرف قاض على الوضع)

قال المصنف (لانه فى معناه وضعا) أقول ولان الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع مماطلة المطلوب وانما يحصل هذا القطع بالقبض كذا فى المحيط وهذا التعليل أنسب باصل الامامين اذ المجاز المشهور أولى عندهما فتامل

(قوله والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله) روى أبو بكر البلخى رحمه الله أن محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله أخذوا فيه بقول زفر وبه أفتى أيضا الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله (قوله لانه فى معناه وضعا)

والفتوى على أن لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامعا) لانه رضي بامانتهما لا بامانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على مامر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله)

لتسارع أفهام الناس اليه (والفتوى على أن لا يملك) يعني فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اه كلامه أقول لا النظر شيء ولا الجواب أما الاول فلأن الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة هكذا ذكر محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه وأما الثاني فلأن كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبي حنيفة لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على أصل أبي حنيفة قطعا ولم يمكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه اذ يلزم حينئذ ترك أصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على أصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصلي أبي يوسف ومحمد فان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ألا ترى الى قول محمد في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ولو كان لاصلنا المذكور تاثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة أكل الحنطة اه ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لاصلهما المذكور ههنا أيضا فلا مجال لان يجعل مدارا لصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ماوقع في أصل الرواية وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان كانا) أي الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامعا) أي لا يقبضان حق الموكل الامجتمعين (لانه) أي الموكل (رضي بامانتهما الا بامانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور (بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على مامر) أشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لان الوكيل

أي لان التقاضي في معنى القبض في أصل اللغة ذكر في الاساس تقاضيته ديني بديني واقتضيته استقضيته واقتضيت منه حقي أي أخذته الا أن العرف بخلافه لانه يراد به المطالبة في العرف (قوله والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) قيد بالدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة

وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب أن ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض (وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامعا لانه رضي بامانتهما لا بامانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن (لما مر) أنه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة الخ)

(قوله وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة الخ) أقول وفي نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لان الحقيقة مستعملة كيف والزيلعي وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بانها مهجورة ونص عبارة الزيلعي ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهي في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا (قوله والجواب أن ذلك وجه لاصل الرواية الخ) أقول النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب مايدفعه والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى

حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما سيجيء والكلام فيه يرجع الى أصله وهو أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض دون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) أي على استيفاء الدين من المديون (أو ابرائه) أي أو على ابراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) أي تقبل البينة عند أبي حنيفة وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول أبي حنيفة تقبل وعلى قولهما لا تقبل (وقالا لا يكون خصما) أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أي قولهما (رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد في ظاهر الرواية (لان القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أي بالخصومة (ولابي حنيفة انه) أي الموكل (وكله بالتملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها (اذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لا يتصور) لانه وصف ثابت في ذمة من عليه (الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني أن الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام وأما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا

بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيهما فاذا ثبت هذا فقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيأ من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار بالشفعة والوكيل بالشراء خصم حتى تقبل البينة عليه والقسمة بان وكل أحد الشريكين وكيلا بان تقاسم مع شريكه فالشريك أقام البينة على الوكيل بان شريكي الذي هو موكلك أخذ نصيبه تقبل لانه خصم والرد بالعيب بان وكل المشترى رجلا برد المبيع على البائع فاقام البائع البينة على الوكيل ان المشترى رضي بالعيب تقبل بينته لانه خصم (قوله الا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله انه وكله بالتملك

الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى الى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها ولابي حنيفة أنه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها

(قوله لانه وكيل بالقبض الخ) أقول لا يذهب عليك أن ما ذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلا واحدا لاثبات المطلوب الاول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء

اذقبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء دون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لاعين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد

والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل بأخذ بالشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب حقوق العقد وبالقسمة بان وكل أحد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا أقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون ههنا كذلك

فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه باخذ الشفعة

بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لاعين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل اهـ أقول فيه بحث اذ للمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول أرسلني فلان اليك يقول لك أقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه أنه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم أن الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اهـ أقول ليس ذلك بسديد اذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد أنه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب (فاشبه) أي الوكيل بقبض الدين (الوكيل باخذ الشفعة) يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا أقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة أي فاشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة أي فاشبه أيضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء أي فاشبه أيضا الوكيل بالقسمة فان أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا أي فاشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا أقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل (وهذه) أي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا أي الوكيل بقبض الدين (أشبه باخذ الشفعة) أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم أن شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالفضل عليه

(قوله وهذا أشبه باخذ الشفعة) أي مسئلة الكتاب أشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثلاث الاخر لان في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين

(قوله اذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول قال في البدائع في تعليله لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه

(قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول عطف على قضاء دون (قوله والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها) أقول يعني والاصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى وقوله والاصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني

حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها

ههنا فقال صاحب النهاية أى الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا فى شروح الجامع الصغير وهذه أى مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب العناية قالوا فى شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة أى مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الاخر وعلل ذلك بان فى هذه المسائل مالم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العينى أيضا ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الاخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل بأخذ الشفعة ثم ان المصنف بين وجه الاشبهية بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أى حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أبى حنيفة قبل قبض الدين (كما يكون) أى كما يكون الوكيل (خصما قبل الاخذ) أى قبل أخذ العقار (هنالك) أى فى التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا أقول لا يذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه فى قوله فيما مر وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه أيضا فى شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهى ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به فى المسائل الاربع الباقية أيضا لا يظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك فى تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما فى مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) اشارة الى مطلع نكتة أبى حنيفة بقوله انه وكله بالتملك (لان المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة كذا فى النهاية وأكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق اهـ فعليك الاختبار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها وقال فان قيل المبادلة فى التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتامل اهـ أقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشئ قبل وقوعه ليس بعزيز ألا ترى ان حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد أشار اليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل

وأما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة رضى الله عنه وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق قال

قال المصنف (وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها فان قيل المبادلة فى التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه) أقول الاشارة الى ما ليس

(قوله وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا) أى كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصار أمينا محضا ورسولا فلم تتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه أصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها اقامت على غير خصم وفى الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر باعادة البينة على ما ادعو الان البينة قامت على شيئين على

قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبدله فاقام الذى هو فى يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا أقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة

القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ولشبهه باخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين و يرشد اليه ماذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة فى المقبوض لانا نقول انما لا تلحقه العهدة فى المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون مالا يجوز الاستبدال به فاشبه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا تلحقه العهدة فى المقبوض عملا بهما اه (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا والشافعي وأحمد فيه قولان كما فى قبض الدين (لانه) أى لان الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبدله) أى للموكل (فاقام الذى هو فى يده) أى فاقام ذو اليد (البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (اياه) أى ذا اليد (وقف الامر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الامر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (الى الوكيل) ولا يلتفت الى بينة ذى اليد (لان البينة قامت لاعلى خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل يعنى يصير أثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع (وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر الموكل لابد لذى اليد من اعادة اقامة البينة على البيع فى محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة فى اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما اذا أقام) أى ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فانها تقبل) أى فان البينة تقبل هنالك (فى قصر يده) أى فى حق قصر يده (كذا هذا) أى ما نحن فيه (قال) أى محمد فى مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل فى حق قصر يده لا فى ثبوت الارتهان فى حق الموكل كذا فى الشروح قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد وكذلك العتاق والطلاق (اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة) أى واذا أقام

العتق فى الطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففى حق زوال الملك عن الموكل ان قامت البينة لاعلى خصم ففى قصر يد الوكيل قامت على خصم فتسمع هذه البينة فى حق قصر يد الوكيل ولم تسمع فى حق ازالة ملك الموكل كما لو أقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل فى قصر يده (قوله وغير ذلك) كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل وأقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض واذا أقر الوكيل بالخصومة سواء كان وكيل المدعى أو وكيل المدعى عليه فاقرار وكيل المدعى هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار

(والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه أمين محض حيث لامبادلة هنالك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبدله فاقام من بيده العبد بينة أن الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذى اليد فى القياس لانها قامت لاعلى خصم وفى الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل فى القبض خصم فى قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل فى قصر يده فكذا هذا وكذلك اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والامة على الاعتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لاعلى خصم وفى الاستحسان تقبل فى قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها فى القصر دون غيره قال

بنذ كور (قوله اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه) أقول قوله نقلها مفعول أراد

على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده

العبد والامة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالاقامة أي واذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعني اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه وأراد الوكيل بقبض العبد والامة نقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها وأقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما (فانها تقبل في قصر يده) أي في حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أي الى أن يحضر الغائب (استحسانا) أي تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل لقيامها الا على خصم (دون العتق والطلاق) أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام في هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي) متعلق باقر أي أقر عند القاضي (جاز اقراره عليه) أطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقر بثبوته عليه ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض أو الابراء أو من المدعى عليه فاقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كذا ذكر في النهاية فتامل (الا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لانه) أي الوكيل (مامور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والاقرار يضاده) أي يضاد

وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على المدعى عليه (قوله لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة)

(واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله الخ) اذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا أنه اذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه

(قوله قال واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول لا يذهب عليك أن ما ذكره في وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما اذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تاويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعي والمدعى عليه (قوله ولو ادعى بعد ذلك الى قوله انه مبطل في دعواه) أقول فيه تامل (قوله وجه القياس أن الوكيل الخ) أقول فان قيل ان قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأبى ما ذكره قلنا المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان فان صرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا وعدم اختصاص اقراره بالمجلس ثابت قياسا ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مامور بالمنازعة لانه الخصومة) أقول الضمير في قوله لانها راجع الى المنازعة

لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهـذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتاويل ما أمر به (لانه) أي الاقرار (مسالمة) ومساعدة (والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا) أي ولاجل عدم تناول الامر بالشئ ضد ذلك الشئ (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والابراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره فان في كل واحد من هـذه الافعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (اذا استثنى الاقرار) بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار أو بان قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومـة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اهـ كلامه أقول فيـه نظر لانه ان أراد بقوله لان المراد من الجواب أما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب اما الاقرار وحده أو الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم أن الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الاقرار والانكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصـلا ومشروحا بما من الشارح المذكور وان أراد بذلك أن المراد منه أحدهمـا لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحـدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحـدة ولكن لا نسلم حينئـذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيما حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى وقوله والدليـل على هذا أن التوكيل بالخصومة غـير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيـل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شئ واحد والاستثناء من شئ واحد لا يجوز اهـ فانه ان أراد بقوله لان الخصومة شئ واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا وان أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه أن الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حـل المقام ولكن أورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ثم قال وفيـه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى أقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز أن يكون مـدار صحته

الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنـين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضـد ما مر به والتوكيل بالشئ لا يتناول ضـده ولهـذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصـبي مع ان ولايتهما أعم من ولاية الوكيل (قوله ويصح اذا استثنى الاقرار) بان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقـرار فكذا اذا استثناه دلالة وقيـل معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار أي لو كان الاقرار داخـلا في التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لا يصح استثناء قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا أيضا يصلح جوابا عما

مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء فيصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع وفيـه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء

قال المصنف (والامر بالشئ لا يتناول ضده) أقول تقرير دليلهم أن الخصومة ضـد للاقرار وكل ما هو ضـد لشئ لا يدخـل في الامر به ضـده (قوله ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول فان حقوق الشئ تدخل فيه بالتبعية وما هو كذلك لا يصح استثناؤه الا أن كون الاقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحـد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الانكار) أقول استثناء الانـكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الاصح وللتفصيل في كتب الاصول (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لا يعمه الاستثناء المتصـل حتى يرد النظر

وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى

استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة تبرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب واعلم أن الشارح الكاكى والشارح العينى جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم أى على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا وقرر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر فى كلاميهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا أعرضنا عنه على أن مآل ماذكره الكاكى فى تقرير الجواب ماذكر فى النهاية ومآل ماذكره العينى فى تقريره ماذكر فى غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعنى الانكار (اذ العادة) فى التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أى فى الخصومة (الاهدى فالاهدى) والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا كذا فى المختلفات البرهانية اه وقد اقتفى أثره فى ذلك أكثر الشراح الا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظنى أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعنى لما كان الامر بالشئ لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فى التوكيل بالخصومة الاهدى فى الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم أنه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين فى هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم مما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغى أن ينسب الى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذى لن تسمح بمثله الادوار مادار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فانى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر وأما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقا

يقال الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقى توكيلا بمحض الخصومة وفى النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب كان ينبغى أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم فى صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممتنع ولهذا لو استثنى الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب (قوله وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على

(قوله وكذالو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال فى النهاية هى مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف كذا فى المختلفات البرهانية

قال المصنف (وكذالو وكله بالجواب مطلقا) أقول والظاهر من سياق العلامة النسفى فى الكافى ان هذه المسئلة ذكرت استشهادا فانه قال ولو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار يصح التوكيل ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة والظاهر أن يكون مستثنى فى توكيله الاقرار ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتامل فانه يجوز أن يكون نظير مسئلتى الفحم والجمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا

لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول أبي يوسف أولا كما هو مراده قطعا وان أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة قوله لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول لزفر بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر أن يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا بحذافيره ثم أقول الانصاف ان كون ماذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف اذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا ثم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية فلا يحصل بها الزام الخصم الا أن ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان ان التوكيل) يعني أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أي صحيح من كل وجه بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر أو شرائها فانه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف توكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على أنا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام اه كلامه أقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده فانه اذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند أبي حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغي أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء

هذا الخلاف أيضا عند زفر والشافعي رحمهما الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى وفي الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا بالاجماع وصحته قطعا تتناول ما يملكه قطعا والمملوك قطعا مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر

قال المصنف (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول ولا يبعد ارجاع الضمير في قوله يملكه الى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول أي ما يملكه الموكل شرعا ثم اعلم أن الضمير في قوله بتناوله راجع الى التوكيل في قوله وجه الاستحسان ان هذا التوكيل

فتذكر ماتقدم فيه وذلك أي ماعلكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ماسيأتي تحريا للصحة قطعا (قوله ولواستثنى الاقرار) جواب عن مستشهد زفر رحمه الله ووجهه لانسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله لانه لا علك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ماقلنا أنه لا يحل له الانكار لجواز أن يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية أي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجرى في الاعيان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقائل أن يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار

(قوله فتذكر ما تقدم فيه) أقول في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجعه متشبثا بذيل انصافك هل تجد هنالك ماينفع في دفع النقض هنا وعندي أن تقييد قوله صح بقوله قطعا أي اجماعا متكفل بدفع النقض فان صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه وأقل درجة الخلاف ايراث الشبهة ولا تكون قطعية فليتامل (قوله لانه لا علك الاستثناء لان ملكه الخ) أقول الضمير في قوله ملكه راجع الى الاستثناء (قوله وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم) أقول فيه أنه لم يحمل في الاطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح لظهور أن في الاطلاق أيضا دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف لانه للتنصيص زيادة دلالة ويمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيرا منع الاعتداد بتلك الدلالة بخلاف التنصيص فليتأمل قال في الكافي لان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى المجاز حملا على ماهو الاولى بالمسلم اذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى يعني حملناه دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الاطلاق فافهم الا أنه بقي البحث في قوله والمنازعة حرام لان حرمة المنازعة ممنوعة على الاطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته) أقول فانه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الاقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول لا يقال اذا كان المدعى عليه محقا لا يقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضا لانا لانسلم أنه لا يقر لجواز أن يخدعه الطالب باعطاء الرشوة مثلا فيقر فليتامل ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لا يقر كاذبا على موكله بل انما يقر اذا كان الخصم محقا وفي تلك الصورة يضطر الموكل الى الاقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه وبندفع عنه ماذكره هذا الشارح كما لا يخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الاقرار وجودا وعدما

وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح

على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ماعلكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ماتقدم فيه اه أقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن علك التصرف قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن علك التصرف لان المسلم لا علك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله علك التصرف للعهد أي علك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه علك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اه ولا يخفى ان مآل هذا ماذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا أن لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده (وذلك) أي ماعلكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للانكار والاقرار جميعا (دون احدهما عينا) أي دون أحد الجوابين بعينه لانه ربما يكون أحدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا علك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز) أي بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى) على ماسيأتي عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة (فيصرف اليه) أي فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا) أي تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء (ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف أنه لا يصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعي يعني

فيصرف الى مطلق الجواب تحريا للصحة قطعا وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يصح استثناء الاقرار لانه لم علك

لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه

لا نسلم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير في أصول الفقه أيضا (لانه) أي لان الموكل (لا يملكه) أي لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحصل ذلك كما مر آنفا كذا ذكره في العناية وكثير من الشروح أولان من أصله أن صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح (وعن محمد أنه يصح) يعني ولئن سلمنا أن استثناء الاقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه انما يصح (لان التنصيص) أي لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه اياه) أي على تملكه الانكار وبيان ذلك أنه انما لم يحصل له الانكار لجواز أن يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار (وعند الاطلاق) أي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار (يحمل على الاولى) أي يحمل كلامه على ما هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أي عن محمد (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) أي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الاول وهو الطالب (ولم يصححه في الثاني) وهو المطلوب (لكونه) أي لكون المطلوب (مجبورا عليه) أي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية أيضا نقلا عن النهاية أو على ترك الانكار كذا في كثير من الشروح وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة (ويخير الطالب فيه) أي في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها كذا في الكفاية وذكر في التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار أدى الاستثناء فائدته في حقه وأما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل أن يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه أقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء أقول بقي ههنا بحث وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من

التوكيل بالانكار عينا وانما يملك التوكيل بجواب هو حق لا محالة وعن محمد رحمه الله انه يصح لان التنصيص على استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى أي على ما هو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه حلال في عموم الاحوال والخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله (قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب) أي وعن محمد رحمه الله انه لم

اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح أو الابراء لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي

(قوله اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ) أقول فيه اساءة الظن بالمسلم ثم لا يلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا الا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته اذ لا علم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء في الاول دون الثاني وفيه السعي في الغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من اساءة الظن ويمكن أن يقال بجانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب باقرار الوكيل

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا الا لانه خرج في مقابلة الخصومة

حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك أن الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب أي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب أي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يمكن استثناء الاقرار هنالك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه أقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء أشد من افضائها الى الاقرار أو مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معا والى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اهـ (فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة أي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القضاء وغيره (ان الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكه (واقراره) أي اقرار الموكل (لا يختص بمجلس القضاء) لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول (فكذا اقرار نائبه) أي هو أيضا لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره (أن التوكيل) أي التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الانكار (أو مجازا) وهو الاقرار لما مر أنه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره ههنا بقوله (والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه) أي الاقرار (خرج في مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى

يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبورا عليه وانما يكون مجبورا لدفع ضرر المدعي وفي صحة استثناء الاقرار اضرار به وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخير في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها (قوله جوابا يسمى خصومة حقيقة) بان أنكر أو مجازا بان أقر والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة أي في جواب الخصومة واطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائز مجازا قال الله

أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا (قوله فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القاضي وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه يصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار (والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء)

قال المصنف (اما لانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها (قوله لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء)

أولانه سببله لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا أقيمت البينة على اقراره في غير مجالس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال

فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة أقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه واغاغره تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة أيضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه تأمل تقف (أولانه) أي الخصومة على تاويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ أولانها (سببله) أي الاقرار وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف (لان الظاهر اتيانه) أي اتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سببا له حيث أفضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله أولانه سببله وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل اه ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أي المستحق (الجواب في مجلس القضاء) لا غير (فيختص به) أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى تادية للمقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مداره على زعم أن ضمير عليه واتيانه في قوله لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل أيضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا ومامر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سند المنع ذلك ألا يرى انه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن اذا أقيمت البينة على اقراره) أي على اقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أي لا يؤمر الخصم (بدفع المال

تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها أولان الخصومة في مجلس القضاء سبب

لما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به (اما) أنه خصومة مجازا فـ(لانه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا (أولان الخصومة سبب الاقرار) فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ(لان الظاهر اتيانه بالمستحق و) (المستحق) هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به) ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى تادية للمقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه (اذا ثبت أنه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال

أقول لا يذهب عليك ما في كلامه من الركاكة ظاهرا ويندفع بجعل قوله الا في مجلس القضاء حالا من اسم لا يكون (قوله اذ الاقرار خصومة الخ) أقول من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما انه خصومة مجازا) أقول أي من حيث انه جواب ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم (قوله فلانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول أي جوابا عنها (قوله فكان مجوزه التضاد) أقول بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف (لان الظاهر اتيانه بالمستحق) أقول تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل (قوله ولو قال لان الواجب عليه الخ) أقول انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

اليهلانه صارمناقضاوصاركالاب أوالوصى اذا أقر فى مجلس القضاء لايصح ولايدفع المال اليهماقال (ومن كفل بمال عن رجل

اليه) أى الى الوكيل (لانه صارمناقضا) فى كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لادعوى له قال فى الكافى حتى لايؤمر بدفع المال اليه لانه لايمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لايملك الانكار لانه يصير مناقضا فى كلامه فلو بقى وكيلا بقى وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أى صار الوكيل المقر فى غير مجلس القضاء (كالاب والوصى اذا أقر) أى أقر واحد منهما (فى مجلس القضاء) فانه (لايصح) اقراره ولايدفع المال اليه بيانه أن الاب أو الوصى اذا ادعى شيأ للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقرارهما لايصح (ولايدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر فى أكثر الشروح والاحسن ماذكر فى الكفاية من أن الاب والوصى اذا أقرا على اليتيم فى مجلس القضاء أنه استوفى حقه لايصح اقرارهما عليه ولكن لايدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ وانما لايصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولانظر فى الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل هذه المسئلة أعنى مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه الاول أن يوكله بالخصومة ولايتعرض لشئ آخر وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة الثانى أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب انما يتناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام فى الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبى يوسف لايصح وعند محمد يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح وكالة الاصل وفى الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لايصح عند محمد الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف لايصح الاستثناء الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو أقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ويجب أن يعلم أن التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولايصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد المسئلة فى باب الوكالة بالصلح الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولارواية فى هذا الوجه عن أصحابنا وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا لايصح هذا التوكيل أصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيأ وحكى عن القاضى الامام صاعد النيسابورى انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ماهو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو أقر الوكيل بالخصومة فى حد القذف والقصاص لايصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم فى اقرار الوكيل فيورث شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات كذا فى التبيين (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل

للجواب ظاهرا والجواب تارة بلا وتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا أقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزعمه بطلانها فلا يؤمر بدفع المال اليه فصار كالاب والوصى اذا أقرا على اليتيم انه استوفى حقه فى مجلس القضاء لايصح اقرارهما عليه ولكن لايدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لايصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولانظر فى الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعا غير ان الاقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ماذكرنا (قوله ومن كفل بمال عن رجل) صورة المسئلة ما اذا وكل رب

اليه لانه صارمناقضاوصار كالاب أوالوصى اذا أقر فى مجلس القضاء فانهما اذا ادعيا شيأ للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقرارهما (لايصح ولايدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ)

ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا الا بعد براءة الكفيل ولا قبلها أما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير وأجيب بالمنع مستندا الى ماذكره شيخ الاسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل أصيلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بان لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه

(قوله لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول بان أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف (فلان الوكيل من يعمل لغيره) أقول ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني أو هو قياس من الشكل الاول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملا لنفسه وكل من صار عاملا لنفسه فليس بوكيل اذ لا شئ ممن هو عامل لنفسه بوكيل وهذا ألائم ببعض عبارته فتأمل قال المصنف (ولو صححناها صار عاملا لنفسه الخ) أقول قال الزيلعي فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك انتهى فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول بتوكيل مضاف الى المفعول (قوله سلمناه لكن الابراء تمليك الخ) أقول يعني لا نسلم كون الابراء من جنس الاسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلقي نفسك الا أنه محل تامل (قوله واعترض بان عمل الوكيل الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول اذا كان المحل قابلا له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول قال الله تعالى ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها (قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول وفي خلاصة شرح القدوري واذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لانه أمين فلا يصير ضامنا انتهى فنفهم ماذكره الشارح بحث

فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

فوكله صاحب المال بقبضه) أي بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك) أي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال عن الغريم (أبدا) أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل أما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لان الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته (ولو صححناها) أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أي صار الوكيل (عاملا لنفسه في ابراء ذمته) لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل هذا برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر في الجامع فكان المنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل أنه يرتد

الدين كفيله بقبض المال عن المديون لا يصح توكيله أبدا حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله أبدا أي قبل براءة الكفيل وبعدها أما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة وأما بعد البراءة فانه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فأجاز لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله فانعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه من الدين يصح ذكره في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ

بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك كذا فى النهاية وأكثر الشروح أقول فى الجواب نظر أما فى المنعى فلان ماذكر شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد فى الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال وأما فى التسليمى فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك على أن المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه فى صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هنالك فلا فائدة فى دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لا يخفى اللهم الا أن يقال مرادهم أن التوكيل بالابراء فى الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا فى التوكيل الحقيقى لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور أيضا انما يجرى فى التوكيل الحقيقى لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو فى ذلك و يميل الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافى فى الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا لانه توكيل كما فى قوله طلق نفسك انتهى فتأمل قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافى قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر اه أقول يمكن أن يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما أشير اليه فى سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعى ذكر السؤال المذكور وجوابه فى شرح الكنز على نهج ماذكر فى الكافى بنوع تغيير عبارة فى السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله طلق نفسك اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة فى التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما فى طلق نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه أقول يجوز أن يختار كل واحد من شقى ترديده أما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد أشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وأما الثانى فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر فى صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شئ أصلا فقوله فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم فى الدرس السابق أيضا ساقط جدا اذ لم يعلم قط لا فى الدرس السابق ولا فى موضع آخر ان التوكيل تمليك شئ بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك فى مواضع شتى سيما فى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغى أن تصح وكالة الكفيل فى مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا فى ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل اذ الاصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا فى جهة الاصالة ينبغى أن تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبى ذكر فى الجامع الصغير أن الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة وأجيب بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشئ جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة فى الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن

الاسلام رحمه الله فى تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف المذكور فى الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا فى الفوائد الظهيرية وفى الكافى فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع وان كان المديون بابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا لانه توكيل كما فى قوله طلق نفسك قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر

ولان

ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه

الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه (ولان قبول قوله) أي قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه أمينا ولو صححناها) أي لو صححنا الوكالة ههنا (لا يقبل) أي لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) أي التوكيل الذي هو الملزوم (بانعدام لازمه) الذي هو قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد مديون) أي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا أو معسرا (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب) أي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أي كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أي وكيل فلان الغائب (في قبض دينه فصدقه الغريم) أي المديون (أمر) أي الغريم (بتسليم الدين) وفي بعض النسخ بتسليم المال (اليه) أي الى مدعي الوكالة (لانه) أي لان تصديق الغريم اياه (اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله) أي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له (فان حضر الغائب) أي رب الدين (فصدقه) أي صدق الوكيل فيها (والا) أي وان لم يصدقه (دفع اليه) أي الى رب الدين (الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء) أي استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله) أي القول في انكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء (فيفسد الاداء) أي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين (ويرجع به) أي ويرجع المديون بما دفعه أولا (على الوكيل) أي على مدعي الوكالة (ان كان باقيا في يده) أي ان كان مادفعه الى الوكيل باقيا في يده (لان غرضه) أي غرض المديون (من الدفع) أي من الدفع الى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أي لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أي فللمديون أن ينقض قبض

(قوله وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء) أي لزمه ضمان قيمته للغرماء

(قوله ولان قبول قوله) دليل آخر وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب يقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه لانه أقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ

(قوله فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم) أقول أي في هذا الباب (قوله لان القول في ذلك قوله الخ) أقول قوله القول اسم أن وقوله قوله خبر أن

(وان كان) ضاع (في يده لم يرجع عليه) لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال (الا أن يكون ضمنه عند الدفع)

الوكيل (وان كان ضاع) أي ان كان مادفعه الى الوكيل ضاع (في يده لم يرجع) أي المديون (عليه) أي على الوكيل (لانه) أي المديون (بتصديقه) أي بتصديق الوكيل (اعترف أنه) أي الوكيل (محق في القبض) والمحق في القبض لا رجوع عليه (وهو) أي المديون (مظلوم في هذا الاخذ) أي في الاخذ الثاني وهذه الجملة أعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في حيز أن في قوله اعترف أنه محق في القبض فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضا انه زعم أنه مظلوم في هذا الاخذ الثاني (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الاهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى أقول لقائل ان يقول ان المحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه أيضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح أن الوكيل وان كان محقا في القبض على زعم المديون الا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا أخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقيا في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له أصلا لان ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكا فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الامالي أنه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برئ عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة ووجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتأمل (قال) أي المصنف في البداية (الا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا أن يكون ضمنه عند الدفع وهذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي ما دفعته اليك عن الطالب حتى

ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا من أن الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ نفسه فلا يصلح وكيلا (قوله الا أن يكون ضمنه عند الدفع) وصورة التضمين أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيل ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا لي عليه باتفاق بيني وبينك فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ مني فقبل صح وصار كفيلا

لان

الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده ولم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته اليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا أرد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل حينئذ

(قوله والمظلوم لا يظلم غيره) أقول متمسكا بانه ظلم (قوله فان قيل هذا الوجه الخ) أقول أنت خبير بان الظلم في التضمين بعد الهلاك في يده لا في الاسترداد حال قيامه اذ لا ملك ولا حق للوكيل ولعل مآل ما ذكره الشارح الى هذا

لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه فى زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه فى الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفى الوجوه كلها ليس له

لو أخذ الطالب منى ماله آخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا فأنا أرد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لان المأخوذ) منه (ثانيا مضمون عليه) أى على رب الدين (فى زعمهما) أى فى زعم الوكيل والمديون لان رب الدين فى حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا (وهذه) أى هذه الكفالة (كفالة أضيفت الى حالة القبض) أى الى حالة قبض رب الدين ثانيا (فتصح) أى فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) أى بما يذوب أى يجب له عليه وهذا ماض أريد به المستقبل وقدم تقريره فى كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحد منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أى لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه اليه) أى دفع المال الى الوكيل (على ادعائه) أى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه) أى الغريم (لم يصدقه) أى الوكيل (على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة) أى على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فاذا انقطع رجاؤه) أى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أى رجع الغريم أيضا على الوكيل (وكذا اذا دفعه اليه) أى وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل (على تكذيبه) أى على تكذيب الغريم (اياه) أى الوكيل (فى الوكالة) أى فى دعوى الوكالة (وهذا) أى جواز رجوع المديون على الوكيل فى صورة التكذيب (أظهر) أى أظهر من جواز رجوعه عليه فى الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما رجع عليه فى تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه فى هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعا (لما قلنا) اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى (وفى الوجوه كلها) يعنى الوجوه الاربعة المذكورة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس له) أى ليس

(قوله وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض) أى قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه أى ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا لقوله بعد هذا وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه فى الوكالة (قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه) لا يقال بان الدفع لما كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا فيكون المدفوع أمانة فى يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون أمانة عنده من جهة المديون وانما يقبضه ليكون أمانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المديون ولانه دفع بزعمه وزعمه أن يستفيد المديون البراءة بما دفعه اليه فيتقيد رضاه به وأما اذا دفعه مع أنه كذبه فى الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط أن يستفيد المديون البراءة عما فى ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو فى حقه كالغاصب فكان له أن يضمنه وهذا أظهر فى ثبوت حق الرجوع (قوله لما قلنا) أى انما دفعه اليه على رجاء الاجازة (قوله وفى الوجوه كلها) وهى الوجوه الاربعة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب

لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين فى زعم الوكيل والمديون لانه غاصب فى حقهما فيما يقبضه ثانيا فكانه قال أنا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه أى يذوب فى كون كل واحد منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا لان فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له فى) دعوى (الوكالة وهذا) أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب (أظهر) منه فى الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية (وفى الوجوه كلها) أى الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس للغريم

أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستور الحال (فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة) فانه (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفا لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن حصول غرضه) لان سعى

أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا أو محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) لانه أقر له بمال الغير بخلاف الدين

للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب كذا فى عامة الشروح أقول الحق فى بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) أى صار الحكم فى الوجوه كلها (كما اذا دفعه) أى كما اذا دفع الغريم المال (الى فضولى على رجاء الاجازة) من صاحب المال فان الدافع هناك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة) فكذا ههنا (ولان من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لان المؤدى صار حقا للغائب (ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه) أى عن حصول غرضه لان سعى الانسان فى نقض ماتم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيل المشترى ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان سعيا فى نقض ماتم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا أنكر الوكالة هل يحلف أولا قال الخصاف لا يحلف على قول أبى حنيفة و يحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبتت الوكالة فى حقه باقراره كذا فى العناية أخذا من النهاية وذكر فى الكافى انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم أقام البينة على انه ليس بوكيل أو أقام البينة على اقراره ان الطالب ماوكله لا تقبل ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك ينبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب فان أقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منى تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وقد جاز أن يثبت الشئ ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا اهـ (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) هذا لفظ القدورى فى مختصره علله المصنف بقوله (لانه) أى المودع بفتح الدال (أقر له) أى للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين)

(قوله لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) فى حالة التصادق أو محتملا فى حالة التكاذب واذا كان الوكيل ظاهر العدالة كان صادقا فى قوله ظاهرا وان كان فاسقا أو مستور الحال كان قوله محتملا للصدق (قوله فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) ولو سلم مع هذا ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله فى شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع فى نقض ما أوجبه وقال أيضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله (قوله لانه اقرار بمال الغير)

الانسان فى نقض ماتم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم اذا أنكر الوكالة هل يستحلف أولا قال الخصاف رحمه الله لا يحلف على قول أبى حنيفة رحمه الله و يحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله أن الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة فى حقه باقراره (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير) بحق القبض فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة فان دفعها اليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها اليه يرجع ولو

(قوله اما ظاهرا أو هو فى حالة التصديق أو محتملا وهو فى حالة التكذيب) أقول وفى حالة السكوت (قوله فان دفعها اليه فحضر الغائب) أقول يعنى

ولو ادعى انه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته

حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذى صدقه فى وكالته على ما مر فان الديون تقضى بأمثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضا فانه قال فى المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك منى أو دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا ان صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشئ وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اه وذكر فى الفوائد الظهيرية فى فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع فى نقض ما أوجبه وقال أيضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اه (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد وفى بعض النسخ فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى (انه) الضمير للشأن (مات أبوه) أى أبو المدعى (وترك الوديعة ميراثا له) أى للمدعى (ولا وارث له) أى للميت (غيره) أى غير المدعى (وصدقه المودع أمر بالدفع اليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعى أقول من العجائب ههنا ان الشارح العينى قال فى تفسير هذه المسئلة أى فلو ادعى من قال انى وكيل أنه أى ان فلانا مات أبوه الخ ولا يخفى على من له أدنى مسكة ان هذه المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن فى ولو ادعى أو فلو ادعى راجعا الى من قال انى وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم الى مدعى الوكالة أصلا قال المصنف فى تعليل هاتيك المسئلة (لانه) أى لان مال الوديعة (لا يبقى ماله) أى لا يبقى مال المودع (بعد موته) أى بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب وقال هكذا كان معربا باعراب شيخى أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته أى منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تأويل الحال كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها اه وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما فى النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما فى قوله كلمته فاه الى فى يعنى لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه اه وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث اه كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم البلاغة انه يجوز فى أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أولا فيؤول المعنى الى نفى القيد وان يعتبر النفى أولا فيؤول المعنى

لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان ما يقضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بأمثالها فكان ما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن أقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر فى الذخيرة وفى المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض

ان لم تكن العين فى يده باقية وان كانت باقية أخذها لانه ملكها بالضمان وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر (ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى) أى لان مال الوديعة لا يبقى (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى أنه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة

ان دفع الوديعة الخ (قوله ان لم تكن العين الخ) أقول قوله ان لم تكن ناظر الى قوله لا يرجع والى قوله يرجع معا (قوله وأما الاسترداد الى قوله لما مر) أقول فيه بحث مذكور وجهه فى شرح الكنز للزيلعى فى فصل القضاء بالمواريث فراجعه

فقد اتفقا على أنه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه قال

الى تقييد النفى و يتعين كل واحد من الاعتبار ين بقرينة تشهد له فان أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فممنوع اذ لا يخفى ان نفى بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان أراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثانى فسلم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته وليس هذا بمعنى صحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا أن يدعى انه يؤخذ من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر فى افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العينى قد زاد فى الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الاكمل وقد فاته شئ آخر وهو ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها الا أنه يجوز بالتأويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال انه حال على تأويل متمولا أى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه اه أقول ليس ما زاده بشئ أما قوله ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح أن يقع حالا مثل هذا بسرا أطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال الا أنه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال أنه حال على تاويل متمولا أى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه فمما لا ينبغى أن يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فقد اتفقا) أى مدعى الوراثة والمودع وقال العينى أى الذى ادعى الوكالة والمودع أقول هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق باتفقا أى فقد اتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل أقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغى أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضى انتهى فتامل (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) أى لم يؤمر المودع (بالدفع اليه) أى الى مدعى الشراء وهذه المسئلة أيضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرها فى البداية وقال فى تعليلها (لانه) أى لان صاحب الوديعة (مادام حيا كان اقرارا بملك الغير) أى كان اقرار المودع لمدعى الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لانه) أى الحى (من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان) أى مدعى الشراء والمودع المصدق اياه (فى دعوى البيع عليه) أى على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما فى باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى ههنا كلامه أقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة على ما هى مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما أوقع فى ذهن السامع ان الحكم فيهما أيضا كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها فى بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان

الى موكله بان يقول ان فلانا وكلنى بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول فى الاستقراض من الاضافة

وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث (فقد اتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع مادام حيا كان اقرار المودع) اقرارا (بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه) ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء

(قوله وأما قوله لا يبقى الى قوله والظاهر فى اعرابه الرفع) أقول فيه بحث فان استقامة المعنى مما لا يمكن انكاره والنفى متوجه الى القيد على ما هو الاصل بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال عينه باق وغير الباقى منسوبيته اليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله أى لان المودع الخ) أقول أولا ان الشان

بالموار يث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة قال (فان وكل وكيلا يقبض دينه) ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف (لان الوكالة قد ثبتت) يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق) الى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه) فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض

(فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه

الفرق بينهما او بين احدهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما في هذا الباب قريب المناسبة (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (فان وكل وكيلا بقبض ماله) أي ان وكل رجل وكيلا بقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه) أي فان الغريم (يدفع المال اليه) أي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف في تعليله (لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) أي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد تثبت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل اهـ أقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في أن الوكالة باي دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا بالوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد أشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن أن تقع وكيلا عنه فتدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في شرح قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك اهـ أقول لقائل أن يقول لو كان مدار قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف في بدايته وهدايته واعامة المشايخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي أن يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاجلاء (قال ويتبع) أي يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أي فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء (رعاية لجانبه) أي جانب الغريم فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد

الى المرسل أن يقول أرسلني فلان يقول لك أقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه

(قوله فكان ذكرهما تكرارا) أقول والاولى أن يقال ذكرهما استطرادي تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرهما في البداية فليتامل (قوله ومن أقر) أقول أي بعبناه (قوله لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة الخ) أقول مقصوده دفع الاعتراض المذكور في النهاية ونص عبارته فان قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فباي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى وكذا قرر الزيلعي تبعا لصاحب النهاية لكن

فيسترد ماقبض (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لاتجرى فى الايمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الايمان بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال (وان وكله بعيب فى جارية الخ) اذا وكل بردجارية بعيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف مامر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكول الموكل وأما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبى حنيفة لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا وان ظهر الخطا بالنكول وعلى هذا لايحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا رد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لان القاضى نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى وأجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للردوهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى وفى مثله لا ينفذ القضاء واما باطنا كالوقضى باجتهاده فى حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا أصح

ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال (وان وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

ماقبضه (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لاتجرى فى الايمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا فى الشروح أخذا من الايضاح (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (وان وكله بعيب فى جارية) أى ان وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشترى) أى رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشترى) يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى و يحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف مامر من مسئلة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل أقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل فى الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف فى شئ منهما أصلا ثم اعلم أنه ذكر فى المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين أحدهما أن فى الدين حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس فى دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافى ثبوت أصل حقه لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء مالم يثبت المسقط وأما فى العيب فان علم المشترى بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه فى الرد أصلا فالبائع لا يدعى مسقطا بل يزعم أن حقه فى الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل و يحلف ليتمكن من الرد عليه والثانى أن الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو أثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم فى انفساخ عقده عليه وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده فاذا حضر الموكل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين وهذا الوجه الثانى من الفرق هو الذى أراده المصنف بقوله (لان التدارك ممكن هنالك) أى فى مسئلة الدين (باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله)[3] أى نكول الموكل عن اليمين اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ماقضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا فى الكافى والكفاية (وههنا) أى فى مسئلة الرد بالعيب وفى بعض النسخ وفى الثانية أى وفى المسئلة الثانية وهى مسئلة الرد بالعيب (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة كما هو مذهبه) لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا عنده كما مر فى كتاب القضاء وفى كتاب النكاح أيضا (ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لانه) أى لان الاستحلاف (لا يفيد) فانه لما مضى الفسخ ولا رد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف

فيقول أقرضنى والرسالة بالاستقراض جائزة (قوله ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) وفى الايضاح ولو أراد

الحق مافى شرح الاتقانى والاكمل نقلا عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يخلو عن بحث قال المصنف (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) أقول ذكر فى الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم (قوله لان الوكيل لو أقر بذلك) أقول يعنى لو أقر بالاستيفاء (قوله واعترض بان الوكيل اذا ردها الخ) أقول بقضاء القاضى على خلاف قول أبى حنيفة (قوله وقالوا هذا أصح) أقول أى

وأما عندهما قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر

فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك أي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني أقول هذا تفسير فاسد اذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفي الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت الى قول البائع ويرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على ان الجارية ملك الآمر لان البائع ادعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الآمر في ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار ويثبت بهذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن فكان للآمر أن يأخذها بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد وأما على قول أبي حنيفة لا سبيل للآمر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح ووجهه أن نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري وأجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا أصح انتهى كلامه أقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاء نقض القضاء ههنا عند أبي حنيفة أيضا باي سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أي المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا) أي على الاصل المذكور (في الفصلين) أي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) أي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين (لان التدارك ممكن) أي في الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعني أن عدم التأخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطا في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف (وقيل الاصح عند أبي يوسف أن يؤخر) أي القضاء (في الفصلين لانه) أي لان أبا يوسف (يعتبر النظر) أي النظر

المطلوب أن يحلف الوكيل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين (قوله لان التدارك ممكن هنالك) أي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله اذ القضاء لم

فاما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا أي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطا القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر النظر ان كان له غائبا

كونه قول الكل أصح (قوله في الفصلين الخ) أقول قوله في الفصلين متعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد الجواب الخ

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذى أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذى أخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق قيل هذا استحسان ووجهه أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن وقد قررناه يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا أى ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا

(قوله فالعشرة الذى أنفقه الخ) أقول والاولى أن يقال فالعشرة التى أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى أنفقها من ماله كما يظهر بالتامل قال الاتقانى أى تكون العشرة التى حبسها عنده بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله انتهى وهذا فهذا أولى أيضا مما ذكره الاكمل فتامل ليظهر لك وجه الاولوية (قوله فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول يعنى التجويز بدلالة (قوله وفى القياس ليس له ذلك الخ) أقول هذا القياس يجرى ظاهرا فى التوكيل بالشراء

حتى يستحلف المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه

للبائع كذا فى الشروح أقول الاولى أن يقال أى النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك (حتى يستحلف) أى أبو يوسف (المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعنى أن من مذهب أبى يوسف أن القاضى لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشترى حاضرا وأراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشترى أو رب الدين غائبا فاولى أن لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر النظر) أى فينتظر فى الفصلين نظرا للبائع والمديون قال فى النهاية فينتظر للنظر أى للبائع فعلى هذا ينبغى أن ينتظر فى الدين نظرا للغريم انتهى وقال فى غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده فى الدين أيضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال فى العناية لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشترى ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له ان كان غائبا انتهى أقول لا يخفى ما فى كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فانفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل يعنى لا يكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشى هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة أما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه) أى فى الوكيل بالشراء (ماذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى فى باب الوكالة بالبيع

ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بعد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة وهذا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضى فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا لا يكون للبائع أن يستحلف المشترى اذا حضر على الرضا لانه لا فائدة ان نكل فيظهر انه كان راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشترى وان القاضى أخطأ فى قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطا فى القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ (قوله قالوا يجب أن يتحد الجواب) عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما فى هذا كما فى مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ فى الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند أبى يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين أى فى فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه أن القاضى لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشترى حاضرا وأراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشترى غائبا لا يرد عليه أيضا حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فصار عنه روايتان فى رواية مثل قول محمد وفى رواية يؤخر فيهما (قوله فالعشرة بالعشرة) أى العشرة التى أنفقها.

فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب

والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم أن محمدا لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني أدع القياس في ذلك واستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أي ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا في شروح الجامع الصغير أيضا من المشايخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الاصل أما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف (وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء) هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اهـ (فاما الانفاق) فانه (يتضمن الشراء) لان الامر بالانفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه والله أعلم) أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل أي لا يكون متبرعا وقال الامام التمرتاشي رحمه الله هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شراء النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة فان كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تتعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين فيهما (قوله وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) يعني الوكيل بالانفاق يصير متبرعا في انفاق مال نفسه بغير أمر الموكل ويلزمه رد ما قبض اليه لان الدراهم تتعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت تبطل الوكالة وقد خالف أمره فيرد عشرته عليه وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لافتقاره في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا قياسا

وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو أن يدفع المديون الى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا أراد المأمور أن يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع

(قوله) وفي الاستحسان له ذلك) أقول وجه الاستحسان في أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له يعني من الدراهم كذا ذكره الاتقاني نقلا من شرح الاسبيجابي للكافي للحاكم الشهيد

وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الاتفاق فيتضمن الشراء لانه أمر بالانفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر

فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا والله أعلم *(باب عزل الوكيل)*

(باب عزل الوكيل)

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله أن يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

(باب عزل الوكيل)

أخر باب العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) أي القدوري في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه) أي حق الموكل (فله أن يبطله) أي فللموكل الذي هو صاحب الحق أن يبطل حقه (الا اذا تعلق به) أي بالوكالة ذكر الضمير بتاويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير وذلك (بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أي لما في العزل في هذه الصورة (من ابطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز وقيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب ملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب أي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب وأما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب أولا وهذه القيود مستفادة من صريح ماذكره في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول أن يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضره غيره والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين أيضا الاول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس أحد اما الطالب واما القاضي وفي هذا الوجه ان كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غائبا لكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب

واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشئ مما يحتاج اليه فلو لم يتمكن من الشراء ونقد الثمن من دراهم نفسه على سبيل الاقراض من الموكل وأخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقه أدى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى الوصي دين الصغير بمال نفسه يتمكن من الرجوع في ماله كذا في الاوضح والله أعلم

(باب عزل الوكيل)

(قوله بطلب من جهة الطالب) قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب ملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا وبكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب أي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه اذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه (قوله لما فيه من ابطال حق الغير) وهو أن

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك وان كان فاما أن علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه

(قوله وذلك لان قضاء الدين) أقول أي كونه متبرعا في القياس *(باب عزل الوكيل)* (قوله وهو المذكور أولا) أقول فيه بحث فان وصار المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدوري وجوابه أن القصر اضافي أي لا عزل وكيل المطلوب (قوله وان كان للمطلوب فان لم يكن الخ) أقول قال الزيلعي في تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة اذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول أي فكان العزل اللفظي امتناعا حقيقة لا عزلا

وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن

لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضى به الطالب أو سخط لان بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فيبطل حقه أصلا وأما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل أصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره فى مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه اهـ كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أولا وأجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى وجوابه أن القصر اضافى أى لا عزل لوكيل المطلوب اهـ أقول جوابه ليس بتام فان المذكور أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذى لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافى بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم أقول الحق الصريح أن كلام القدورى الذى ذكره المصنف ههنا أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التى ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهى عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقى ماعداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ويمشى فى ذلك كله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور فى الكتاب أصلا سهو بين (وصار) أى صار التوكيل الذى كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الراهن) أى كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتى تفصيله فى كتاب الرهن وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان أمره أن يبيع ويستوفى الدين من ثمنه كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من أين وقع الفرق بين الوكيل فى الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل فى الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك فى الثانى عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع أنه فى كل منهما تعلق حق الغير بوكالة

يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق أصلا لانه لا تمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب فلا تمكنه الخصومة معه أيضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل أصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه أن يطلب منه وكيلا آخر (قوله وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) أى فى تعلق حق الغير بوكالة

(قوله نصار) أى فصار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطا على البيع

(قوله بان وضع الرهن الخ) أقول تفسير العام بالخاص فانه اذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجىء التفصيل فى الرهن

قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به

الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك وأجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلا لانه يمكنه أن يخاصم المطلوب وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه فى البيع اذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل فى غيبته (قال) أى القدورى فى مختصره (فان لم يبلغه العزل) أى فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أى حتى يعلم الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية وأحمد فى رواية وقال الشافعى فى الاصح ينعزل وبه قال مالك فى رواية وأحمد فى رواية لان نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ولان الوكالة للموكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله (لان فى العزل) أى فى عزل الوكيل من غير علمه (اضرارا به) أى بالوكيل من وجهين أحدهما أشار اليه بقوله (من حيث ابطال ولايته) فان فى ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة وفى عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثانى ما أشار اليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق اليه) أى الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه (فينقد من مال الموكل) ان كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك وأما الوجه الثانى فمختص

الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا أن الموكل فى الرهن لا يملك عزله أصلا اذا لم يرض المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يرض به الطالب لانه لا يبطل حقه حينئذ لانه يمكنه أن يخاصم المطلوب وفى الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه فى البيع أصلا لانه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع (قوله لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته) وفى ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل لما زوج لموكله أو طلق امرأته أو باع أو اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل فيما ادعى من الوكالة ابطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفى تكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم أولا كما فى غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية فى الحال ومنع من حيث ان حال البقاء فى هذا العقد مثل الابتداء فانه ينعقد ساعة فساعة ألا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان للدوام حكم الابتداء فبالعزل كأنه يمنع الوكيل من التصرف فى محل مملوك له وله هذه الولاية فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال (قوله فينقد من مال الموكل) أى اذا كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع فيضمنه أى ما نقد من

ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه يصح اذا كان بحضرة الطالب رضى به أولا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة أجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفى الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه فى البيع أصلا اذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) اذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان فى عزله اضرارا به من وجهين أحدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثانى من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به

ويستوى

(قوله ثم أراد الراهن الخ) أقول الاظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فانه اذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول استئناف بيانى

ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقدذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفى الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر فى سائر معتبرات الفتاوى قال فى المحيط البرهانى واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر فى الاجناس فى مسائل البيوع وفى مسائل الغصب من الاجناس أيضا اذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا فى شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا قال المصنف (وقدذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر) أشار به الى ماذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما وعند أبى حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة وأما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا نص عليه فى البدائع وقال فى تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان (قال) أى القدورى فى مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة أى دائما ومنه الحمى المطبقة أى الدائمة التى لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا أى مستوعبا من أطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا ماذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل فى هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة أخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفى غاية البيان قال فى التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله أما فى موضع لا يملك عزله كالعدل فى باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى أقول فى المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته أن يكون الامر

والوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الوجه الاول وقدذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فلا يحتاج الى الاعادة قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ومنها مالا يجوز ذلك فيه الا برضا الطالب ففى الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا

قال المصنف (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب قال الزيلعى المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم انتهى هذا لا يوافق ما فى الهداية كما لا يخفى اذ يكون الحكم المذكور فى اللحاق على قولهما حينئذ فان تبطل صيغة الاستقبال

الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل (قوله وغيره) بالرفع كالوكيل بالطلاق والعتاق (قوله للوجه الاول) وهو أن فى العزل اضرارا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعى رحمه الله ينعزل ولو لم يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير فى اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم الوكيل أن يمتنع وحكم الخطاب

لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت وأجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل أمر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند أبي يوسف وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط أن يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء

باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه اذ الظاهر أن المذكور هنالك صفتها العامة لجميع أنواعها اللهم الا أن يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لان التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل أقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان أو غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح والصواب أن يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أي لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه انزالا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الامر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذا كان لا بد من أمره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) أي أمر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح (ويشترط) أي شرط في بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقا لان قليله) أي قليل الجنون (بمنزلة الاغماء) فلا تبطل به

لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حق العزل في حقه ما لم يعلم (قوله لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه) وانما كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من لحظات دوام التصرف يستبد من النقض والفسخ فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه أما اذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى لان المتصرف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء (قوله فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض) أي أمر التوكيل بهذه العوارض من الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم

(قوله اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول فيه مسامحة لعل هنا سهوا والصحيح عما يتوقف رفع وجوده والا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم (قوله لان كلا منهما ينفرد في فسخها) أقول مع أن انفراد أحدهما يكفي في انتفاء اللزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلته) أقول الضمير في قوله بمنزلته راجع الى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فانه الخ) أقول فيه مغالطة فان المتقرر هو البيع لا الخيار وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول لا يقال انما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله الا اذا تعلق به حق الغير الخ لانه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلا يفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل

وحد المطبق شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذ وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير

الوكالة كما لا تبطل بالاغماء (وحد المطبق) أي حد الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله أبو حنيفة انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أي فصار من جن في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد حول كامل) قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة (لانه يسقط به) أي بالحول الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لان وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت (فقدر به) أي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين (قالوا) أي المشايخ (الحكم المذكور في اللحاق) أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا (قول أبي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه اه وقال الشراح هنالك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف أقول فقد تلخص من ذلك أن مراده ههنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد (فان أسلم نفذ) أي فان أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (وقد مر في السير) أي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى أبي حنيفة نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضي بذلك وقول أبي حنيفة في السير انه حربي مقهور غير أنه يرجى اسلامه فتوقفنا فان أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه وأقول هنا كلام آخر وهو أن الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف ههنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم اه فانه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول أبي حنيفة فقط فان قلت يجوز أن يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه

ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم

اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق وقدمر في السير أي كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا في باب أحكام المرتدين

(قوله يسقط به جميع العبادت) أقول حتى الزكاة (قوله وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) أقول ما سبق ويبطل ما بعده قال المصنف (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول ولقد أصاب المحرر حيث اختار صيغة المضي هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لان عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضا وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتامل

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها على ما عرف قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه

بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه فى مسئلة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذى ارتكبوه فى تخصيصها بقول أبى حنيفة ثم أقول الحق عندى أن المراد بما ذكر فى الكتاب اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعى فى شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع اه ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبى حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الانواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا فى نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند أبى حنيفة توقف هذه التصرفات فان أسلم تنفذ وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه ومنهم الامام قاضيخان فانه قال فى فتاواه أثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا فى توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبى حنيفة هذه التصرفات موقوفة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل وعند صاحبيه تنفذ فى الحال اه الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال فى باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته ان أسلم نفذ وان مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أى بالاجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها) لانها لا تقتل (على ما عرف) فى السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق فينبغى أن يقول فى قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى أقول هذا خبط منه فانه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق وليس مراده ذلك بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هنالك عند أبى حنيفة بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق فى الصورتين ما قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته فى صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا فى المبسوط وذكر فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا وكل المكاتب ثم عجز) أى عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد الى الرق (أو المأذون له) أى أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أى على المأذون له وكان التوكيل فى هاتين

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) واذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه

بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلاة والزكاة اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت (قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز والمأذون له فحجر عليه) هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشراء فأما اذا كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضى لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون لان فى كل شئ وليه العبد لا تسقط المطالبة

أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أي أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما يليه بنفسه (فافترقا) أي فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أي العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) أي علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل) أي قيام الامر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين وأما اذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفا ئه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا انه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس أن لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل أن يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ أبو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن ذلك خلاف الرواية الاخرى ألا ترى الى ما قال محمد في الاصل واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي يولي ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة أحدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد في باب وكالة أحد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية انه أبهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية بلا محالة اه أقول ان قوله والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية بلا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل

عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة فيه ولو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته صح أيضا فان باعه باذن الغرماء أو مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فتبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من أن يكون مالكا لهذا التصرف (قوله أو الشريكان فافترقا)

وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم واذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق

ولافرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل وأما اذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فانه لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه و بين مالم يله فما الفارق والجواب أن أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا واذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد أول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا الخ) لما فرغ

ولافرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا

بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة أيضا اشارة الى ذلك فان قول محمد في الاصل اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احتراز عن التوكيل بشئ لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم أن يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا وأوله بتاويل بعيد كما ترى (ولافرق بين العلم وعدمه) أي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لان هذا عزل حكمي) أي عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) اذ العلم شرط للعزل القصدي دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل) أي اذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا

أي أحد الشريكين يعني به انه يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه اما يبقى وكيلا في حق الآخر وينبغي أن لا ينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة أحد المتفاوضين اذا أمر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صحت الوكالة وصار هذا الرجل وكيلا عنهما فلو تناقض الشريكان المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو يعلم بنقض المفاوضة أو لا يعلم جاز شراء الوكيل والعبد لازم للآمر خاصة دون شريكه الاول والثاني (قوله واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا) أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء اذ

(قوله وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه) أقول قوله هو راجع الى أحد المتفاوضين والضمير في قوله وليه راجع الى شئ قال في النهاية والشريكان فافترقا أي وكل أحد الشريكين الثالث فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا الى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه الى الوكيل وهذا الشارح الى أحد المتفاوضين والاصح عندي ارجاعه الى ما أرجع الشارح اليه وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الاخرى وهي مستندة) أقول قوله هي راجع الى قوله الاخرى (قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا الخ) أقول الظاهر أنه أراد مسئلة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون عدهما واحدا لاتحادهما في المملوكية والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول يعني الاتقاني (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول فان المعنى المفهوم من قوله اذا وكل أحد الشريكين أنه اذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة

العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيهامن جانب الوكيل فاذامات الوكيل أوجن جنونامطبقابطلت الوكالة لانه لايصح أمره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مأمورابه لم يبق صحيحاوانماعبرعنه بذلك لماذكرنا أن للدوام حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدالم يجزأن يتصرف فيماوكل به الاأن يعود مسلما قال المصنف وهذاعند محمد فاماعند أبى يوسف فلاتعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد أن التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاشرعاأن يتصرف فى شئ لموكله فاذاوكله رفع المانع واماأن يحدث فيه أهلية و ولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعدعروض هذا العارض وانماعجزالوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذازال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابى يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انمايملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك أى تمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك بلاملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصاركسائر أملاكه واذابطل الملك

بطلت الوكالة) لانه لايصح أمره بعد جنونه وموته (وان لحق بدار الحرب مرتدالم يجزله التصرف الاأن يعود مسلما) قال وهذاعند محمد فاماعند أبى يوسف لاتعود الوكالة لمحمد أن الوكالة اطلاق لانه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانماعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين

بطلت الوكالة) لمافرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فى العوارض المبطلة لهامن جانب الوكيل قال المصنف فى تعليل ماذكر (لانه لايصح أمره) أى أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والامر فى قوله لايصح أمره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مامورابه لم يبق صحيحاوانماعبر عنه بذلك لماذكرنا أن للدوام حكم الابتداء كذا فى العناية أقول ههنا شائبة الاستدراك اذلايخفى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لانه بين غنى عن البيان لايقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل فى حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه فى غاية البعد فى نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضى برأى الوكيل لابرأى غيره لايندفع بالتعليل الذى ذكره المصنف لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الاأنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر الى وارثه الحى فلا يتم التقريب (وان لحق) أى الوكيل (بدار الحرب مرتدالم يجزله التصرف الاأن يعود) من دار الحرب الى دار الاسلام (مسلما) هذا اذاحكم القاضى بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام فى المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لايخرج عن الوكالة عندهم جميعامالم يقض القاضى بلحاقه وهكذا أشار اليه شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه حيث قال ولوارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب و بين من هو فى دار الاسلام واذاقضى القاضى بلحاقه فقدر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا فى النهاية وغيرها (قال) أى قال المصنف (وهذا) أى جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد فاماعند أبى يوسف لاتعود الوكالة) أى وان عاد مسلما (لمحمد ان الوكالة اطلاق) أى اطلاق التصرف (لانه) أى الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف فى شئ لموكله فاذاوكله رفع المانع (أماالوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أى بالوكيل يعنى أن الوكيل لايحدث فيه أهلية و ولاية بل انمايتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وانماعجز) أى وانماعجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعنى أن الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انماعجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض

استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد الجنون المطبق مذكور فى المتن (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدالم يجزله التصرف الاأن يعود مسلما) هذا اذاحكم القاضى بلحاقه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام رحمه الله فى المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لاينعزل عن الوكالة عندهم جميعامالم يقض القاضى

قال المصنف (بطلت الوكالة لانه لايصح أمره بعد جنونه وموته) أقول يعنى لم يورث منه ففى قوله لانه لايصح أمره بحث (قوله ومعناه الامر الذى كان مامورابه) أقول الضمير فى قوله به راجع الى قوله الامر (قوله وانما عبر عنه بذلك الخ) أقول أى عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة فان قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة

(قوله وهذا ينزع الى تخصيص العلة) أقول وفى مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف فى تخصيص العلل انماهو فى الاوصاف المؤثرة فى الاحكام لافى العلل التى هى أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخلصه معروف) أقول وهو جعل ارتفاع المانع جزأ من العلة والتفصيل فى كتب الاصول (قوله ولابى يوسف أنه اثبات الخ) أقول لايقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول انه اثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل لان اللحاق يملكه فى المدبر وأم الولد فعدم العود لايكون بدون ملاحظة تلك المقدمات وفيه منع فانه لم يكف الالحاق فى عدم العود وما المقتضى للملاحظة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول فيه نوع مصادرة حيث كان اثبات المقدمة الاولى بهذه المقدمة فليتامل (قوله التنفيذ بالوكالة) أقول أى مالكا لولاية التنفيذ

بطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه فى المدبر وأم الولد وأشار بقوله لحق بالاموات
الى أن فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعا بقى الكلام فى

فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابى يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية أصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل

(فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا) وفى المبسوط ومحمد يقول صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال يصير كأن لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو أغمى عليه زمانا ثم أفاق (ولابى يوسف انه) أى التوكيل (اثبات ولاية التنفيذ) أى تمليك ولاية تنفيذ التصرف فى حق الموكل للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له (لان ولاية أصل التصرف) ثابتة له (باهليته) لجنس التصرف فى حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أى وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أى باللحاق بدار الحرب (لحق) أى الوكيل (بالاموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أى اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أى الولاية يعنى اذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه فى أم الولد والمدبر) فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التى بطلت لا تعود وأشار بقوله لحق بالاموات الى أن وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب العناية بقى الكلام فى قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى أقول ان قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو لا اثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا اليه فى شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد لان ولاية أصل التصرف ثابتة له باهليته فى حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة فى مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهى لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) أى وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه صرح به فى المبسوط وغيره (لا تعود الوكالة فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (وعن محمد انها) أى الوكالة (تعود كما قال فى الوكيل) وفى السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته فى هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم

بلحاقه (قوله ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة) أى قد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى باللحاق ثم عاد مسلما وعن محمد انه يعود فابو يوسف رحمه الله سوى بين عود الموكل مسلما وبين عود الوكيل مسلما بعد قضاء القاضى باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة فى الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما فى الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات فاما ردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا لكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا زال العارض صار كأن لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلا كما كان فيهما لان الموكل

قوله لان ولاية أصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى ظاهر الرواية وعن محمد أنها تعود كما فى الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كالموكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوى فى عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب لكن

(قوله وورد عليه بعيب الخ) أقول هذه المسئلة متفق عليها بين أبى يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ولذلك قال المصنف والفرق وعن أبى يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال بردته الخ) أقول أو زال الامر بالتصرف ولم يتجدد (قوله حيث ذكرها فى هذا الموضع) أقول الضمير فى قوله ذكرها راجع الى المسئلة فى قوله ولعل ايراد هذه المسئلة

والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع

ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا امثاله كذا في المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعني أن محمدا فرق بين الفصلين أي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم عودها في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) أي وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفي حق الوكيل) أي ومبنى الوكالة في حق الوكيل (على معنى قائم به) أي بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أي ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) أي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر وأما أبو يوسف فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل آخر بشئ) من الاثباتات أو الاسقاطات (ثم تصرف) أي الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) الى هنا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أي الآخر (باعتاق عبده) أي عبد الموكل (أو بكتابته) أي بكتابة عبده (فاعتقه) أي أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فان الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أي أو ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه (أو بشراء شئ) أي أو ان يوكله بشراء شئ بعينه له (ففعله بنفسه) أي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بان يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أي ثلاث تطليقات (أو واحدة) أي أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها وانما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلاث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة وأما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها الا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه ومالا فلا كذا ذكره في النهاية والعناية أقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ للطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة

اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته (قوله ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه) أي في ما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى أحدث تصرفا في ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل ان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة وان كان تصرفا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع أو وهب أو تصدق وسلم أو وطئ فاستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة لان هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل عن البيع ألا ترى أن الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطئ ولم يستولد أو استخدم أو أذن له في التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع ألا ترى أن الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله واذا رهن أو آجر وسلم ذكر في ظاهر الرواية انه لا يخرج عن الوكالة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يخرج (قوله أو واحدة فانقضت عدتها)

لما ذكر العود ههنا جود ذكرها في هذا الموضع والله أعلم قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشئ من الاثباتات أو الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده أو بكتابته فاعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة

قال المصنف (لان الحاجة قد انقضت) أقول قال الاتقاني فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهم انتهى وقد سبق أدلة الجانبين لاصلهما في النكاح

خالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه

فان الموكل هنالك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به فى عامة الكتب وذكره المصنف أيضا فيما بعد مع أن الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجها منه مرة أخرى وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية والظاهر أن هذا التعليل يقتضى أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا فان قيل بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة أخرى أيضا فلم يتضح الفرق فتامل (أو بالخلع) أى أو أن وكله بان يخالع امرأته (فخالعها) أى فخالعها الموكل (بنفسه) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة كلها (لانه) أى الموكل (لما تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) فى جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أى لو تزوج الموكل المرأة التى وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أى أبانها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أى لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لان الحاجة قد انقضت) أى لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه أقول ههنا كلام أما أولا فلان تفريع هذه المسئلة بحتى على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه فى تزوجها مرة أولى فهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى سائر المعتبرات وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة الى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب وان أراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكر فى البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية (بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل) أى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل (وأبانها) أى وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أى لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه)

وفى المبسوط وان وكله أن يطلقها ثم طلقها الزوج أو خالعها فان طلاق الوكيل يقع عليها مادامت فى العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لايقاع الطلاق عليها فبقى الوكيل على وكالته وان انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من أن يكون مالكا للايقاع عليها بعد العدة فتبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها فى العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك ولو أسر أهل الحرب عبدا فادخلوه فى دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو أخذ من المشترى منهم

بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له أن يزوجها لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المامور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان له أن يطلقها مادامت العدة والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ومالا فلا وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبد فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع

فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال

أى فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة أيضا (فلو رد عليه) اى فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة (لان بيعه بنفسه) أى لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة (وقال محمد له) أى للوكيل (أن يبيعه) أى أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه) أى لان الوكالة بتأويل بالتوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (اطلاق) أى اطلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أى وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم أنه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع للوكيل ووضع المسئلة فى الامة فقال ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف أيضا فى المسئلة المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره القدورى فى شرحه فقال قال أبو يوسف رحمه الله ليس للوكيل أن يبيعه وقال محمد له أن يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول

بالثمن أو ممن وقع فى سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على الوكالة لانه بالاخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم ملكه ولو وكله بان يعتق أمته ثم أعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مامورا بازالة الرق الذى كان فيها وقد زال باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكيلا بازالته (قوله فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض) وفى المبسوط ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفى الذخيرة ولو أقاله المشترى فليس للوكيل أن يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد فى حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل

لانه كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه الاطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لانه مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

محمد فقال (بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب) أى الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالاجماع (لانه) أى لان الموكل الواهب بنفسه (مختار فى الرجوع فكان ذلك) أى كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة) الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة (أما الرد بقضاء) أى أما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) الى البيع أقول من العجائب ههنا أن الشارح العينى قال فى شرح قول المصنف أما الرد بقضاء أى أما رد الهبة بقضاء القاضى وفى شرح قوله بغير اختياره أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار و بين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وماذا يقول فى قوله (فاذا عاد اليه) أى الى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل (أن يبيعه والله اعلم) فانه صريح فى أن مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر فى التتمة قال محمد لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد و يتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جازله أن يبيع له ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل فى هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال فى البدائع ثم هذه الاشياء التى ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهى لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل بها أو اذا لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم الى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن و يرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره وأعتقه أو استحق أو كان حرا لاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذى وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر فى الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك فى يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم (قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة) يتعلق بقوله وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى (قوله فوهب بنفسه) ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل فى هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى قال محمد رحمه الله ولا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد و يتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جازله أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع فى هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله أعلم

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لان الموكل مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

(كتاب الدعوى)

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا أمورا من دأب الشراح بيان أمثالها فى أوائل الكتب وهى معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة أقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافى استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشئ لا تقتضى المباينة لذلك الشئ ألا يرى أن كل شئ مباين لصحته لكونها وصفا مغايراله وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التى هى نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل وأما سببها فما هو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيوع لان دعوى المدعى لا تخلو اما أن تكون أمرا راجعا الى بقاء نسله أو أمرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرا وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح فى غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعى ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى به شيأ معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به وأن لا يلزم على المطلوب شئ بدعواه نحو أن يدعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب وأما أنواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهى احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر وفى مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة أو بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيأ وان ثبتت على ما قلنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله والثانى أن يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى أقول فى تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله وأما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة وهى مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى به شيأ معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضى هذا أن يكون فسادها باحد أمور أربعة وهى انتفاء هذه الشروط الاربعة وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله فى الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلاثة وهى عدم حضور الخصم وأن يكون المدعى به مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شئ بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما فى قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف فى علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الخ يدل على أن فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما فى قوله وفساد الدعوى تفيد القصر

(كتاب الدعوى)

هى اسم لادعاء الذى هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى فى الحرب أن

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء ما تقدم وهى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات

(كتاب الدعوى)

(قوله وهى مطالبة حق الخ) أقول فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة

لان المدعى به اما أن يكون راجعا الى النوع أو الشخص وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم تسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله فى الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفى أو الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وفى دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها على كثرة قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لا تحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبى صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر فلابد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ماقال فى الكتاب يعنى القدورى المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة يعنى البينة أو الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فمنها ماقال فى الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد

نحو ضربى زيدا فى الدار على مانص عليه العلامة التفتازانى فى شرح التلخيص ثم ان قوله وأما أنواعها فشيآن لا يخلو عن مسامحة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة (قال) أى القدورى فى مختصره (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال فى شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدورى ومن تبعه لانه غير مجبور حالتى الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى أقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه فى هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله وأما ايهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فان النبى صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة على ماذكر فى الكتاب فلابد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى فى الفرق بينهما (فمنها ماقال فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى (وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة) وهى البينة أو الاقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس باقرار كما ستعلم فى باب اليمين (كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد) قال صاحب العناية وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى أقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين أحدهما أنه يقبل

يقول الناس لفلان وأما قوله دعواهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهى المادبة وبالكسر فى النسب وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة وأما شرعا فيراد به اضافة الشئ الى نفسه فى حالة مخصوصة وهى حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعى وقيل المدعى لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير الا أن اطلاق اسم المدعى فى عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وأما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة لعنه الله مدعى النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالدعوى فى غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها أيضا أن تكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى شيأ معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا لو ادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب وهى نوعان صحيحة وفاسدة (قوله ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى (قوله كذى اليد) فانه اذا قال هو لى كان له مالم

(قوله اما أن يكون راجعا الى النوع) أقول كما فى دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول للتعليل (قوله يعنى البينة أو الاقرار) أقول أى باقرار (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول اذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق الا بحجة حيث يقبل قوله أيضا مع المدعى عليه يمينه بل هو لا يستحق لشئ وهذا هو الاولى فى توجيه النقض (قوله اذا ادعى رد الوديعة) أقول فانه لا يستحق لشئ (قوله ولعله غير صحيح لان المدعى عليه الخ) أقول قد مر فى الدرس السابق أن الدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن فى العدول من أن يقول وقيل

في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع في تلك الصورة لا يستحق شيأ فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة أقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعاني دون الصور فلهذا أن المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فحينئذ لا ضير في عدم تناول تعريف المدعي صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة أو معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مدع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة وأما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى أقول ويمكن الجواب عن هذا أيضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اه أقول في كل من شقي جوابه نظر أما في شقه الاول فلانا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب السابق ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل وأما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية تدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية مما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات أصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي وأضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا أو حالا أو استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا الا من لفظ كان ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضا وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا رد على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على أحد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا وأما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فما لم يذهب اليه أحد قط فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو

يثبت الغير استحقاقه

من يدفع استحقاق غيره

من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

مستحق بقوله بالجملة الاسمية تم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اهـ أقول فيه بحث اذ لانسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لانسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لانسلم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية توهم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول أيضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجىء فى الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شئ من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هى مجرد انكار الضمان وثبوت الشئ فى ذمته بخلاف صورة الدين وأشير الى هذا فى الكافى اهـ أقول نعم قد أشير اليه بل صرح به فى الكافى وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا ان فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شئ من المال ولكن فى عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر فى كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال فيمشى كلامه ويتم مرامه وأما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز أن يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين فى كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال فى احداهما بالمال وفى الاخرى بالحفظ فالذى يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه (لكن الشان فى معرفته) أى معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أى بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعنى اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال

(قوله من يتمسك غير الظاهر) كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فالبينة على المدعى لدعواه أمرا عارضيا وشغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر أن تكون الاملاك فى يد الملاك فكان الخارج متمسكا بخلاف الظاهر (قوله والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا) أى بالمعنى اذ الاعتبار للمعانى دون الصور والمبانى فانه قد

وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرار الشئ على ماهيته والظاهر كون الاملاك فى يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعى هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه لكن الشان فى معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول و يندفع باعتبار قيد الحيثية فى كلا التعريفين

رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح أما أولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور صريح فى ان المعتبر هو المعانى لا غير وقول صاحب العناية فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح فى أن الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احداهما على الاخرى وأما ثانيا فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله فى الاول اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة صريح فى ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله فى الآخر فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح فى ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين الانكار الصورى والانكار المعنوى لا الادعاء الصورى والانكار المعنوى على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اه أقول هذا أيضا غير صحيح أما أولا فلان الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضا فان قول المصنف لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا الرد صورة يدل قطعا على أن المراد بالصورة ههنا أولا فلأن الشرح الصورى حيث جعل الصورة قيد الادعاء فى قوله وان كان مدعيا للرد صورة وأما ثانيا فلأنه لا معنى للتعارض بين الانكار الصورى والانكار المعنوى لانه اما أن يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف فى الحقيقة أو التنافى فى الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصورى والانكار المعنوى أما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلان المنكر المعنوى فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافى بين انكاريهما فى الصدق لجواز أن يصدقا معا بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة فى يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان فى قوله يعنى اذا تعارض الجهتان وأيضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد ومحل الانكار الصورى مغاير لمحل الانكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصورى والانكار المعنوى فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل * وان يصلح العطار ما أفسد الدهر * ثم ان الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف وهو انه اذا تعارضت الجهتان أى جهة الادعاء الصورى وجهة الانكار المعنوى فالترجيح بالفقه أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا فان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وأن يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعى الزيادة فان أقامت بينة قبلت وان أقام الزوج تقبل أيضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا أقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل

يوجد الكلام من الشخص فى صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضى اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين يكون أبدا على النفى فان قيل المودع بدعوى الرد متمسك بما ليس بثابت اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغى أن يكون المودع هو المدعى والمودع هو المنكر قلنا المودع يدعى فراغ ذمته عن الضمان وهو أصل والمودع يدعى شغل ذمته

أصحابنا يعنى اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

(قوله يعنى اذا تعارض الجهتان الخ) أقول المراد بالجهتين الانكار الصورى والانكار المعنوى لا الادعاء الصورى والانكار المعنوى على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى

قال(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلابد من ذكر ما يعينه
من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام
فى المجهول غير متحقق فان كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها فى الدعوى
والشهادة والاستحلاف
لان الاعلام باقصى ما يمكن
شرط نفيا للجهالة وذلك فى
المنقول بالاشارة لان النقل
ممكن والاشارة أبلغ فى
التعريف لكونها بمنزلة وضع
اليد عليه بخلاف ذكر
الاوصاف فان اشتراك
شخصين فيها ممكن فاذا حضر
شخص عند حاكم وقال لى على
فلان كذا درهما مثلا
أشخص اليه لان الصحابة
رضى الله عنهم فعلوا كذلك
فيجب على المطلوب حضوره
فى مجلس الحكم على هذا
القضاة من أولهم الى آخرهم
أى أجمعوا والاصل فيه قوله
تعالى واذا دعوا الى الله
ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق
منهم معرضون الى قوله بل
أولئك هم الظالمون سماهم
ظالمين لاعراضهم عن
الطلب فاذا حضر وجب
عليه الجواب بالاقرار أو
الانكار ليفيد حضوره
ولزم عليه احضار المدعى به
لما قلنا من الاشارة اليها ولزم
عليه اليمين اذا أنكر وعجز
المدعى عن اقامة البينة
وسنذكره أى وجوب اليمين
عليه فى آخر هذا الباب

(قوله فان كان المدعى به
عينا فى يد المدعى عليه كلف
احضارها الى مجلس الحاكم
للاشارة اليها) أقول يعنى كلف المدعى عليه احضار تلك العين للاشارة الى تلك العين (قوله بالاشارة
والاشارة أبلغ فى التعريف لكونها الخ) أقول يعنى لكون الاشارة (قوله لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول فيه تامل
(قوله على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم) أقول الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم الى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول يجوز
أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة وأن يكون تفسيرا لقوله من أولهم الى آخرهم

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق (فان كان عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا فى الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك

اه فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا واعلم ان هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة تكفى الاشارة اليها بان هذه ملك لى وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارات الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا أن العبارة وقعت كذلك فى عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها بما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فى متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان فائدة الدعوى الالزام) أى الالزام على الخصم (بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق) أقول فيه بحث وهو أن عدم تحقق الالزام فى المجهول ممنوع اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار أن الاقرار بالمجهول صحيح وقدمر فى صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان أجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فى المجهول أيضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغى أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة أن الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فى دعوى المجهول يتصور الثانى فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الالزام فى دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذى عد فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم أن لا تتحقق الفائدة فى كثير من دعاوى المعلوم أيضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا (فان كان) أى المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها) أى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم (ليشير) أى المدعى (اليها بالدعوى) هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند أداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف (لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك

وانه لم يكن ثابتا ولهذا تقبل بينته اذا أقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى (قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره) اعلم أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهى احضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين اذا أنكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة ما لا تتعلق بها الاحكام التى بيناها والفساد باحد معنيين اما أن لا تكون ملزمة شيأ على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله أو يكون المدعى مجهولا فى نفسه لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام لا يتحقق فى المجهول لان القاضى لا يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعى ولا بنكول المدعى عليه (قوله فى جنسه) بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة أقفزة حنطة وفى الذخيره فان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة أو شعير ويذكر مع ذلك

بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا أنكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف

بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف) حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضى عندها أو بعث أمينا كذا فى الكافى وغيره (ويتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة أى بمجردها كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى (وعلى هذا القضاة) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أى من آخرهم الى أولهم وقال صاحب النهاية أى باجمعهم وهذا أيضا صحيح بالنظر الى المال وقال تاج الشريعة أى من أولهم الى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (فى كل عصر) فان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن أبى ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع (ووجوب الجواب اذا حضر) عطف على وجوب الحضور أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب (ولزوم احضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضى (لما قلنا) اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (اذا أنكره) أى اذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره ان شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب (قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى وان لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لان العين لا تعرف بالوصف) لامكان

نوعا انها سقية أو برية خريفية أو ربيعية ويذكر مع ذلك صنفها انها جيدة أو وسطة أو رديئة ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا لان المقدار فى الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت فى ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل أن يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء (قوله وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) وفى الذخيرة وان وقعت الدعوى فى عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا أو جارية لا يدرى انه قائم أو هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة مقبولة وان لم يبين القيمة أشار فى عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان القيمة لتضرر به وقال الامام فخر الاسلام البزدوى رحمه الله اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى لبيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول

قال (وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعنى اذا وقع الدعوى فى عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لان العين لا تعرف بالوصف) وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره فى تعريفها غير مفيد (والقيمة) شئ (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعنى والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى

قال المصنف (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) أقول قال العلامة النسفى فى الكافى ان المدعى ان لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وعزاه الى القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وقال العلامة الزيلعى فى شرح الكنز فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال المصنف (والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول حال من الضمير المستتر فى قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد الى ذى الحال لاتحاده معه ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به فى الحال (قوله اذا وقع الدعوى الى قوله فذكرها يكون مفيدا) أقول يعنى أن العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فى الوصف لامكان المشاركة فى الوصف كما مر فذكر الوصف فى تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شئ تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لان العين الخ) أقول بل من قوله القيمة تعرف به فانه أقرب لفظا ومعنى

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

مشاركة أعيان كثيرة فيه والنه بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) أى والقيمة شئ تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به أى والقيمة شئ تعرف به يعنى والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك أقصى ما يمكن من الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافى نقلا عن القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أم قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اهـ وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوى اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى اهـ وقال الامام الزيلعى فى شرح الكنز بعد نقل ما ذكر فى الكافى فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته اهـ وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما فى الكافى أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى أقول يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار فى جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت فى دعوى العين الغائبة فقط ويمكن أن يقال فى دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة فى جميع صور دعوى المجهول لا يقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى فى صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهى ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقى بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ أن يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق فى غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل دون فى ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما فلو كلف ذلك الوارث فى دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها التضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال فى يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه فى ذمم الناس فينبغى أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل فى صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به أحد ثم أقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى أن فى دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضى بعد ان سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة فلم يحكم للمدعى على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به فى صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضى يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول

(وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبى حنيفة لان حق المالك قائم فى العين المستهلكة عنده فانه صح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته ولو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ فى ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهى دين فى الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى فلا بد من ذكر الذكورة والانوثة ومن المشايخ من أبى ذلك لان المقصود فى دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة

(قوله على أكثر من قيمته) أقول كما سيجئ فى كتاب الصلح

الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط من الشاهد بالطريق الاولى (قوله والقيمة تعرف به) أى

قال

قال (وان ادعى عقارا حدده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به) لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد

الجبر عليه انما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر فى كتاب الاقرار وأما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقى الاشكال فان قلت القاضى لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة فى قيمة تلك العين لا فى نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر فى الكتاب أن العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة فى قيمة العين جهالة فى نفسها وأيضا اذا حكم القاضى برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها اليه فالقاضى ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضى لا يحكم على الخصم بشىء من المال بل يحبسه ليرد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هى الحبس قلنا الى متى يحبسه ان حبسه أبدا يصير ظالما له بعد ان ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بان مضى على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت لعين المدعاة لاظهرها على ماذكر فى كتاب الغصب وان حبسه الى مدة ظهور عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد فى الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره وان ادعى عقارا حدده) أى ذكر المدعى حدوده (وذكر انه) أى العقار (فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به) أى وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى أقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة فى عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور واذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف فى تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح فى معتبرات الفتاوى بل فى بعض شروح الهداية أيضا بأنه اذا وقعت الدعوى فى العقار فلا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال فى الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر أو القرية لازم انتهى وقد صرح فى معتبرات الفتاوى أيضا بان الفقهاء اختلفوا فى البداءة فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندى فى شروطه اذا وقع الدعوى فى العقار فلا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال أبو زيد البغدادى يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا فى كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال فى كل واحد من الفقه ولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفرا فى الدنيا كثير فان عرف فيها والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف فيها والا ترقى الى الجد انتهى وقال فى المحيط اختلف أهل الشروط فى البداءة بالاعم أو بالاخص وأهل العلم بالخيار فى البداءة بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين فى فصوله قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الاعم الى الاخص أو من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف فى تعريف العقار بل لابد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر المصنف فى تعليل لزوم التحديد فى دعوى العقار (لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل) أى نقل العقار (فيصار الى التحديد

القيمة شىء يعرف العين بذلك الشىء فاذلك شرط ذكر قيمة العين. وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ فى وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه فى ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته

قال (وان ادعى عقارا حدده الخ) اذا كان المدعى به عقارا فلابد من ثلاثة أشياء تحديده وذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به أما الاول فللاعلام بأقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذى هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك التعريف ولابد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم الا اذا كان معروفا مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى فانه يستغنى عن ذكرهما ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هنا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفى بخلاف ما اذا غلط فى الحد الرابع وأنث فى الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به أى بالغلط فى الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا فى الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط

(قوله وذلك انما يكون بذكر البلدة الخ) أقول يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هو فيه بطريق الدلالة فافهم

فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما

فان العقار يعرف به) أقول لقائل أن يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه اليه فيشير المدعى اليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ماذكرناه فيما مر ويمكن أن يدفع بان المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه اليها لأدى الى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفى بذكره) يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفي الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله أن قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره (فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر) دليل لنا يعني أن اقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به ههنا أيضا (بخلاف ما اذا غلط في الرابعة) أي في الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر وأما اذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لانه يختلف به) أي بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها) ونظيره ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وترك ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجري في الثانية ما يجري في الاولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وذكر أنه) يعني العقار (في يد المدعى عليه لابد منه لانه) أي المدعى عليه (انما ينتصب خصما) أي في دعوى العين (اذا كان في يده) أي اذا كان المدعى في يده (وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه) أي العقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع كذا ذكره في معتبر الفتاوى (أو علم القاضي) عطف على البينة أي أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده وانما لا تثبت اليد في العقار الا بالبينة أو علم القاضي على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) أي غير المدعى والمدعى عليه قال صاحب

وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من الفضة الجيدة أو كذا دينارا من الذهب الزكي تصير قيمته معلومة بهذا الوصف (قوله بخلاف ما اذا غلط في الرابعة) لانه يختلف به المدعى ولا كذلك

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وأما الثاني فلابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق

قال المصنف (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما) أقول قال ابن البزازي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين المنقول وغيره أن النقلي لو كان قائما لابد من احضاره فيعاين الحاكم يده وان كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه واقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لانه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم فربما يتواضع المدعى مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيسلمه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فان القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الاداء بانه ملكه بحكم الحاكم ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد حتى لو فسر بانه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم وهذه التهمة في المنقول منتفية لان المنقول يكون في يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة ولان المالك لا يمكنه من النقل والاحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البزازي فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضا

بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه

النهاية أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اه كلامه وقد اقتفى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني أقول هذا خبط عظيم منهم أما أولا فلأن المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيأ بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هنالك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى وأما ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة أو الاقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة أما انتفاء البينة فلان المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه وأما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هنالك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرهما وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد أفصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البينة على رجل أن في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينته عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر اه (بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أي قول القدوري في مختصره (وأنه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه اه كلامه أقول كل من ايراده وجوابه ساقط أما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما رجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة أصلا وأما سقوط الثاني فمن وجهين الاول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني أن المدعى أيضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي يكون المدعى حقه والا فلا ففي ابتداء الامر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا أن يقال انه حقه في ابتداء الامر أيضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتاويل الارض ونحوها اه أقول هذا بعيد عن الحق وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه أما الاول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين وأما الثاني فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية (ولانه يحتمل أن يكون) أي

بتركها ونظيره اذا ادعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا

المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتامل ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه

(قوله ليحكم القاضي باليد) أقول فيه بحث اذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك ألا يرى انهما اذا ترافعا الى القاضي وعجز المدعي عن البينة فحلف المدعى عليه يترك المدعى في يده ثم اذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه والحق ما في النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الارض ونحوها ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع الى المدعي لا الى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا

لمطالب حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا أى بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ فى المنقول يجب أن يقول وهو فى يده بغير حق لان العين فى يد ذى اليد فى هاتين الصورتين بحق

غبار قال المصنف (وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق) أقول قال صاحب الوقاية وفى المنقول يزيد بغير حق قال صدر الشريعة فى شرحه فان الشئ يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل الثمن أقول هذه تشمل العقار أيضا فلا أدرى ماوجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ونحن نقول فان احتمال كون المنقول فى يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ماصرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بان يقال ان دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لاتصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى و بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى ورد هذا الجواب بانه قد صرح فى الهداية والشروح بانه لابد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن و يعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لايخفى على المتدبر انتهى وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والالهام

ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق

المدعى (مرهونا فى يده) أى فى يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن فى يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال) اذ لو كان مرهونا أو محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (فى المنقول) أى فى دعوى المنقول (يجب أن يقول فى يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشئ الذى أدعيه فى يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق أقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما فى دعوى العقار فينبغى أن لا تجب زيادة بغير حق فى دعوى المنقول كما لا تجب فى دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول يكون الدليل الذى ذكره المصنف فى وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول و يمكن أن يجاب عنه بنوع بسط فى الكلام وتحقيق فى المقام وهو أن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا على مايقتضيه الدليل الذى ذكره المصنف فى دعوى العقار وفى دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضى بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان علام المدعى باقصى مايمكن شرط وذلك فى المنقول لايكون الا بالاشارة كما مر فمالم يحضر المنقول الى مجلس القاضى لم تحصل الاشارة اليه ومالم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به ومالم يصر معلوما بهذا

ذلك واختلفوا لم تقبل (قوله وعن هذا قالوا فى المنقول) اشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه

فأقول لاشك ان فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق وأن الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر ان لم تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لايحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه اذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها و بقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لاشبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ثم اعلم ان المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار

لم تحقق الفائدة فى ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف فيما سياتى لان صاحب الذمة قد حضر فلم
يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقى شئ يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك أن احضار
المنقول الى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله
عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك أن يقول فى يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على
المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضى و يصح للقاضى تكليفه باحضاره اليه والحاصل أن
الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق فى دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم
ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضى مختص بدعوى المنقول كما مر فى الكتاب فوجب زيادة القيد
المذكور فى دعوى المنقول دون غيرها ثم لما زيد القيد المذكور فى دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه
المدعى الى مجلس القاضى وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة
وهى أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هى العلة فقط فى دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر
المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على
القوم حيث قال فى شرحه للوقاية أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا فلا أدرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا
الحكم اهـ ثم ان ههنا كلمات أخرى للفضلاء المتاخرين فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها فاعلم أن صاحب الدرر
والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان دراية توجيهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين
احداهما أن دعوى الاعيان لا تصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده
والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها الا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا
عرفتهما فاعلم ان فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب
دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق
شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير
المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اهـ ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح فى الهداية والشروح بانه
لا بد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك
الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبراه
وقال بعض الفضلاء وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام
ومستمدا من ولى الفيض والالهام فاقول لا شك أن فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير
حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت
الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ألا ترى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان
الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة
وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات
فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه
اذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو
الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت
اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف
المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق أو نقول
لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة
كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور
كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول

يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده

قال (وان كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به

الجزل ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه وأقول ماذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدى طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق أما أولا فلان خلاصة كلامه هى أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متأخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها أن لا يصح الاتيان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافى صحة الاتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعى انه فى يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرة فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لانه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة فى المطالبة لا فائدة أيضا فى بيان أن يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول وبالجملة ان ماذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا وأما ثانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال فى المقام بان شبهة كون اليد بحق تندفع فى دعوى المنقول أيضا بالمطالبة فينبغى أن تترك الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تترك فى دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول أيضا فلا بد فى أن لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال فى المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كان حقا فى الذمة) أى وان كان المدعى حقا ثابتا فى الذمة يعنى ان كان دينا لا عينا (ذكر أنه يطالبه به) يعنى ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط فى العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) أى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه) أى تعريف ما فى الذمة وهو الدين (بالوصف) أى بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدورى ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره (لانه يعرف به) أى لان ما فى الذمة يعرف بالوصف أى الصفة بان يقال انه جيد أو وسط أو ردىء بعد أن يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينارا ونيا ان كان فى البلد نقود مختلفة أما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر فى الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما فى الذمة أيضا بالبيان أى ببيان ما يحتاج الى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته فى

وان كان المدعى به حقا فى الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا يعنى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا أو فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو ردىء أو وسط اذا كان فى البلد نقود مختلفة وأما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وبالجملة لا بد فى كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف

(قوله لكن لا بد من تعريفه بالوصف) فان كان المدعى وزنيا فانما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب أو فضة وان بين الجنس فبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينارا ويذكر نوعه بخارى الضرب أو

قال (واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه (وان أنكر سال المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه

بعض الصور على ما فصل فى النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشنى وبالجملة لابد فى كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا صحت الدعوى) أى واذا صحت الدعوى بشروطها (سال) أى القاضى (المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أى لينكشف القاضى وجه الحكم أى طريقه ان ثبت حق المدعى فان الحكم منه يكون باحد أمور ثلاثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلابد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فان اعترف قضى عليه بها) أى فان اعترف المدعى عليه قضى القاضى عليه بالدعوى بمعنى المدعى أو بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضى حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب فى حق العمل بها كذا فى الشروح وغيرها وقد أشار اليه المصنف بقوله (لان الاقرار موجب بنفسه فيامره) أى يأمر القاضى المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما أوجبه الاقرار (وان أنكر) أى المدعى عليه (سال المدعى البينة) أى طلب القاضى من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أى لقول النبى عليه الصلاة والسلام للمدعى (ألك بينة فقال لا) أى قال المدعى لا بينة لى (فقال) أى قال النبى صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أى يمين

نيسابورى الضرب وينبغى أن يذكر صفته انه جيد أو وسط أو ردىء وانما يحتاج الى ذكر الصفة اذا كان فى البلد نقود مختلفة اما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا وان كان فى البلد نقود مختلفة والكل فى الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشترى البائع أى نقد شاء الا أن فى الدعوى لابد من تعيين أحدها وان كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى فلا حاجة الى البيان فى الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت الخصومة بحيث لا يعلم أروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج فى ذلك الوقت ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلابد من بيان الصفة على كل حال وان كان المدعى نقرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها جيدة أو وسطة أو ردية ويذكر قدرها انه كذا درهما ووزنها الا ان وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان والذى فى ديارنا وزن سبعة وهو الذى كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذكر كذا فضة خالصة ويذكر نوعها بان قال نقرة طمغاجية ويذكر صفتها انها جيدة أو وسطة أو ردية وقيل اذا ذكر طمغاجية لاحاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عددا يذكر عددها ولو ادعى الحنطة أو الشعير بالامناء وبين أوصافها فقد قيل لا تصح هذه الدعوى وقيل تصح وفى الذرة والمج يعتبر العرف أما فى الاشياء الستة فالمعتبر هو الكيل فى الاربعة منها وهى الحنطة والشعير والتمر والملح وفى الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف وأقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة أو الشعير ولم يذكروا الصفة فى الاقرار قبلت بينته فى حق الجبر على البيان لا فى حق الجبر على الاداء وان ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح لالتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لابد أن يذكر أنه دقيق يابس أو مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول أو غير منخول ويذكر مع ذلك انه جيد أو وسط أو ردىء قال فى النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشنى (قوله فان اعترف قضى عليه بها) اطلاق لفظ القضاء

قال (واذا صحت الدعوى الخ) اذا صحت الدعوى بشروطها سال القاضى المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة أو يصير ما هو بعرضية أن يصير حجة حجة وذلك لانه اما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر فان كان الاول فالحكم فيه أن يامره بان يخرج عما أقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضى لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضى أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثانى فالحكم فيه أن يجعل القاضى الشهادة المحتملة للصدق والكذب التى هى بعرضية أن تصير حجة اذا قضى القاضى بها حجة فى حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لابد من

(قوله واذا صحت الدعوى الى قوله فانه الخ) أقول يعنى فان الحكم على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج الخ (قوله وان كان الثانى الى قوله اذا قضى القاضى بها حجة) أقول قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه) أقول الرواية

السؤال لينكشف له أحد الوجهين فاذا سال فان اعترف به أمره بالخروج عنه وان أنكر سال المدعى البينة لقوله صلى الله عليه وسلم ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه ألا يرى أنه كيف أضيف اليه بحرف اللام فى قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعى لانه يزعم أن خصمه أتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف مازعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر

فى المصابيح فلك يمينه وهذا أظهر فى الدلالة على الترتيب (قوله قيل انما جعل) أقول هذا القيل لصاحب النهاية وأصله فى المبسوط (قوله وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول انتهى كلام النهاية مع تغيير يسير فى بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول نقل من خط الشارح ماهو صورته وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى (قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ) فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل (باب

سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه ألا يرى انه كيف أضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

المدعى عليه (سال) أى سال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أى فلا بد للقاضى من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أى ليمكن القاضى استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (فان أحضرها) أى فان أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أى قضى القاضى بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهى أى البينة فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة تظهر بها الحق من الباطل وقيل فيعلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا فى الكافى (وان عجز عن ذلك) أى وان عجز المدعى عن احضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أى استحلف القاضى خصمه على دعواه (لما روينا) اشارة الى قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعى لا (ولا بد من طلبه) أى من طلب المدعى استحلاف خصمه (لان اليمين حقه) أى حق المدعى (ألا يرى انه كيف أضيف اليه بحرف اللام) أى كيف أضيف اليمين الى المدعى بحرف اللام فى قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه وانما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التى هى مؤنث على تاويل القسم أو الحلف قال صاحب الكافى والفقه فيه أى فى كون اليمين حق المدعى ان المدعى يزعم انه أتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر مافى الكافى ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مافى النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة اه وقال بعض الفضلاء قوله لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل

توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضى الزاما بالخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها (قوله لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى (قوله لما روينا) أى لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه اذ الاضافة بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حق المدعى والفقه فيه أن المدعى يزعم انه أتوى بانكاره حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا

(باب اليمين)

فليتأمل اه أقول بحثه هذا ليس بشئ لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم فى هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد فى دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح فى نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيار يتدالة على صدق المدعى بخلاف العجز عن البينة على مالا يخفى ثم أقول بقى نظر آخر فى كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضى أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضى حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعى فهو حسن شرعى أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل

(باب اليمين)

قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين اه أقول فيه شئ وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجرى على قول أبى يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما يظهر فى صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا للاقوال أعنى على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه أيضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان فى الذكر الاجمالى فيما قبل هذا الباب وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى فالاولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان أقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى غاية البيان قلت الذى رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى أقول هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وقد قال بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العينى مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه ثم أقول فى دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد

ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ثم كما أن اليمين حق المدعى فكذا هى حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يروج صدق الانسان كان حقا له

(باب اليمين فى الدعوى)

(قوله حاضرة) معناه حاضرة فى المصر احترز به عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم فان البينة لو كانت فى مجلس

(باب اليمين)
لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين

(باب اليمين)

(واذاقال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه

مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (واذاقال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة) هذا لفظ القدوري قال المصنف (معناه حاضرة في المصر) أي معنى قول القدوري اذاقال المدعى لى بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار اليه المصنف بقوله فيما سيأتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذاقال المدعى لى بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هنالك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه) أي حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح يجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر أقول لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه لما عدل عن أسلوبه المقرر ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الاسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق أن مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر أي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعى يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر فان كلمة على في قوله على من أنكر تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعى نعم انفهامه من الاول أظهر لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فاذا طالبه به يجيبه) أي اذا طالب المدعى المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعى أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعى أي يحلف (ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عن اقامة البينة أي بغير العجز عنها أقول لقائل أن يقول ان

الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم

قال (واذاقال المدعى لى بينة حاضرة الخ) اذاقال المدعى لى بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام المدعى ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس

(قوله فانه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول فيه تأمل فان دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة على أن لا يكون حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع (قال المصنف فلا يكون حقه دونه) أقول لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ثم هذا لا تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز

كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ومحمد مع أبى يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين

كون ثبوت الحق فى اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به فى مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر (كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس) أى مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هنالك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة أقول لابى يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بان يقول اذ لم تكن البينة حاضرة فى مجلس الحكم فللمدعى غرض صحيح فى الاستحلاف وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه فى الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة فى مجلس الحكم فان هذا الغرض أعنى قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه فى الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح فى الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبى حنيفة رحمه الله ههنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى) قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ أبا جعفر الطحاوى قال فى مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضى استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضى ما ادعاه المدعى فان أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه فى ذلك أن القاضى لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعى أن له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمدا مع أبى حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوى ألا ترى أن القدورى قال فى كتاب التقريب قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العينى بعد أن ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف فى جعله محمدا مع أبى حنيفة فيما ذكر الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوى على أن محمدا مع أبى حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى أقول هذا الكلام منه عجيب لان الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد مع أبى حنيفة الى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية فى مختصره فكيف يصح أن يسندها المصنف اليه وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله فى أصلها حتى يتمشى ما قاله العينى من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفى على الشارح العينى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر) وجه الاستدلال به ما أشار اليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمة تنافى الشركة) لان الشركة تقتضى عدم التميز والقسمة تقتضى التميز وهما متنافيان وبقوله (وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر فى كتب الاصول ان لام التعريف تحمل على الاستغراق ويقدم على

(قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعى فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول

الحكم ومحمد مع أبى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبى حنيفة فيما ذكره الطحاوى ولا ترد اليمين على المدعى لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر والقسمة تنافى الشركة لانها تقتضى عدم التميز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين فى قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغى أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل فانه يجوز أن يجاب عنه باجوبة عديدة منها ما يشير اليه قوله كما اذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبى يوسف) أقول ولعل أبا يوسف يكتفى بالعجز فى المجلس فان المجلس خصائص

وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك (وليس وراء الجنس شئ) أى شئ من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أى في عدم رد اليمين على المدعى خلاف الشافعي قال صاحب الكافي وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ لانه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي اذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية

حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده (قوله وليس وراء الجنس شئ) أى شئ من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رحمه الله فعنده اذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لم يقض له بشئ (قوله ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق) احترازا عن

وليس وراء الجنس شئ) استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتى قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذى اليد بالاجماع فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذى اليد في الملك المطلق

(قال المصنف قسم الخ) أقول استئناف بيانى (قال المصنف وفيه خلاف الشافعي) أقول قيل اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعى صار الظاهر شاهدا للمدعى وصار المدعى من هذه الحيثية منكرا فان المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا قلنا على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف فان الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعى وعدمه وهذا محققه وانما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الايمان على المنكرين وعدمه وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في الجمع ولا يجبر ردها على المدعى فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعى منكرا من حيثية النكول اذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل وكذا ما يؤدى اليه (قال المصنف ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول بل عليه اليمين ان عجز الخارج ولهذا المعنى أوردها هنا ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا للمسئلة السابقة كانه قيل لا تقبل يمين المدعى ولا بينة المدعى عليه والدليل مقدر في كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لان اليمين) أقول أنت خبير بان مراد السائل فهل يجب على

وبينة

فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد أقوى فصار كما اذا أقاماها على نتاج دابة وهي في يد أحدهما أو أقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي

اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا يعني في علم القاضي أو اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع ولان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك أو تظهره وما هو أكثر اثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتاسيس أولى من التاكيد

و بينة الخارج أولى) وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج

بعد هذا فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز الى ههنا كلامه وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا أقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه وأما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده وأما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة فتجري الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيأ لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو أن المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه أو ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء أو الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم أقول بقي لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو أنه بين الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون أحدهما قابضا في الصورة الثانية أن يكون المدعى في يده بالفعل لا ان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى أن كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر (و بينة الخارج أولى) يعني أن بينة الخارج و بينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان و يكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به الذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد) أي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أي فيتقوى ظهور المدعى (وصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) أي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن

الملك المقيد بدعوى النتاج وغيره (قوله فصار كالنتاج) بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان

الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل

(قوله لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعيا (قوله أو اظهارا الخ) أقول لعل الاظهر أن أو للتخيير في التعبير (قوله لان قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول تعليل لقوله ان بينة الخارج أكثر اثباتا (قوله وما هو الى قوله لاجله فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى الموصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول في الورق السابق عند شرح قول المصنف واذا صحت الدعوى بشروطها

والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا لان قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك

هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد (والنكاح) أي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فبينة ذي اليد أولى (ودعوى الملك مع الاعتاق) أي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى (أو الاستيلاد) عطف على الاعتاق فالمعنى أو دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى (أو التدبير) أي أو دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا) أي في علم القاضي (أو اظهارا) أي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لان قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيأ في يد انسان جاز له أن يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل وانما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك وأما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا وما هو أكثر اثباتا في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس أولى من التاكيد كذا في العناية أقول بقي ههنا شئ وهو أن المتبادر من قولهم ان بينة الخارج أكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق أيضا الا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضى أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق أصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فانه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعى لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعى اسم لمن يدعى الشئ ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد

هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك اذا تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فصاحب اليد أولى ودعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج لان المقصود هنالك اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما أثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح جانب ذي اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما انها أمته دبرها أو استولدها ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أي في علم القاضي البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا تثبت باسبابها أخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا (قوله أو اظهارا) أي

بخلاف

بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج و بينة ذى اليد تثبت النتاج لاغير أجيب بان بينة النتاج لا توجب الأولية الملك وهما تساويا فى ذلك و يترجح ذو اليد فيقضى له (قوله وكذا على الاعتاق) أى اليد لاتدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذى اليد ثم ترجحت بينة ذى اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أى بالاعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه أن البينتين فى الاعتاق وأختيه تدلان على الولاء اذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا فى ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعى لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة أو مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب ودفعا الضرر عن نفسه

بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال و يمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه

فان اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذى اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احداهما باليد وكذا الحال فى النكاح الا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره فى النتاج (وكذا على الاعتاق وأختيه) أى وكذا اليد لا تدل على الاعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان فى الاثبات فى هذه الصور وأيضا فترجحت احداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أى بهذه الاشياء الثلاثة وهى الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعنى أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البينتان فى ذلك أيضا فترجحت احداهما باليد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أى قضى القاضى على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أى وألزم القاضى المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى وفى بعض نسخ مختصر القدورى ولزمه بدل وألزمه أى ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى (وقال الشافعى لا يقضى به) أى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف) أى المدعى (يقضى به) أى يقضى له بما ادعاه وان نكل المدعى أيضا انقطعت المنازعة (لان النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أى عن اليمين الصادقة كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافقها قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهر زاده فى مبسوطه (واشتباه الحال) أى ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدرى انه صادق فى انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أى لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (و يمين المدعى دليل الظهور) أى دليل ظهور كون المدعى محقا (فيصار اليه) أى فيرجع الى يمين المدعى (ولنا أن النكول) أى نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) أى دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة (أومقرا) أى على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أى ولولا كونه باذلا أو مقرا (لاقدم على اليمين اقامة للواجب) وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين من أنكر وكلمة على للوجوب (ودفعا للضرر عن نفسه) أى دفعا للضرر الدعوى

فى الواقع فان الخارج ببينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع و بينة الخارج أكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيأ لانه لا ملك للخارج بوجه فلا تكون بينته مثبتة للملك انما هو مؤكد للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت فاستوت البينتان فى الاثبات فترجح بينة ذى اليد بيده (قوله و يمين المدعى دليل الظهور) أى دليل ظهور كون المدعى محقا فى دعواه كما كانت يمين المدعى عليه (قوله ولنا أن النكول دل على كونه باذلا) أى على قول أبى حنيفة رحمه الله أو مقرا أى على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانه

(قوله وهما قد استويا فى ذلك) أقول يعنى استويا فى الولاء وقوله وهما راجع الى البينتين فى قوله معناه ان البينتين فى الاعتاق الخ

فترجح هــذا الجانب أى جانب كونه باذلا ان ترفع أو مقرا ان تورع لان الترفع أو التورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولم يذكر النكول واليمين فى جانب المــدعى عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهدا له وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمــين الى جانب المدعى

ولهــذا بدأنا فى اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشــه كاذبا وان كان مــدعيا وأجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل عــلى نــفى القضاء بالنكول لان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روى اجماع الصحابة على ذلك وما روى عن على رضى الله عنــه انه حلف المــدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خــلاف ذلك روى عــن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمــين على المــدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنــه فقال له على قالون وهو بلغة أهل الروم أصبت واذا ثبت الاجماع بطــل القياس عــلى أن اللعان عنــدنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعــن قائمــة مقام حــد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال من القاضى لينكشف الحال

فترجح هذا الجانب

عن نفسه (فترجح هذا الجانب) واعلم أن حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أن ترفع أو مقرا أن تورع لان الترفع والتورع انما يحــل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان توزيــع كونه باذلا أو مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند أبى حنيفة بذل لا غير وعندهــما اقرار لا غير فعــلى التوزيــع المزبور لا يثبت الرجحان فى هــذا الجانب على الترفع والتورع معا فى واحد من المذهبين بل انما يثبــت رجحان كونه باذلا فى مذهب أبى حنيفة على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا فى مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شئ من المذهبين لان الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الشافعى وبمجرد رجحان هــذا الجانب على واحــد من تلك المحتمــلات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل أن فى تقرير صاحب العناية تخلط المذهبين كما ترى وأما ثانيا فلانا لا نسلم أن التورع عن اليمــين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحــل اذا لم يفض الى الضرر بالغــير بل الظاهر أن التورع عنها واجب فى كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ماذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى أقول هــذا غير وارد فان الافضاء اليه فى صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا فى يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمــدعى حق عليــه فى الواقع فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الاقرار أفضى الى الضرر بالمــدعى قطعا لتضييــع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه فى صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المــدعى لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المــدعى بالبذل ونحوه أفضى الى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمــه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمه التورع عن اليمــين الكاذبة دون الترفع عن اليمــين الصادقــة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغى أن يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمــين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضا داخلا فى ذلك الجانب يبقى أن يقال ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا وأما ثانيا فلان ماذكراه من الدليل غير مذكور فى كلام

عليه السلام قال واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب (قوله فيترجح هذا الجانب) أى جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمــه التورع عن اليمين الكاذبة دون الــترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يرجح هــذا الجانب فى نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليــمين الصادقة الا ببــذل

(قوله اذا لم يفض الى الضرر الخ) أقول فيه بحث فان ماذكره من الافضاء بالضرر الى الغير غير ظاهر (قوله ولا
واعترض بان الالزام الخ) أقول هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعى اذ ليس فى الآية دلالة على الالزام بيمين المدعى أيضا الا أن يكون الزاميا و يقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهى نسخ عندكم فليتأمل (قوله والاجماع يدل على جوازه) أقول الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول بل معناه فى لغتهم جيد

ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال (و ينبغي للقاضي أن يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح تقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب أي ترجح جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا أو نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا أن النكول بذل أو اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعى والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان قوله وظلما على المدعى ليس بتام اذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلا أو اقرارا لكان ظلما على المدعى لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعى لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعى في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا أن يقال يجوز أن يعد النكول ظلما على المدعى في صورة صدق المدعى عليه أيضا من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على ما مر وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى في الجملة وأما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خللا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا أن يقال فترجح هذا الجانب أي جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا وأما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضا وبالجملة أن قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي باسرها فيترجح كون الناكل باذلا أو مقرا بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه) أشار به الى قوله ولا ترد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر الخ ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هنالك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعى وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعى عليه (اني أعرض عليك اليمين ثلاثا) أي ثلاث مرات (فان حلفت) أي ان حلفت خلصت أو تركتك (والا قضيت عليك بما ادعاه) أي بما ادعاه المدعى قال المصنف (وهذا الانذار) أي قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه (لاعلامه بالحكم) أي الحكم (بالنكول اذ هو موضع الخفاء) لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف

المال لانه اختار تعمد ملتزما الضرر بالغير بمنع الحق كذا في المبسوط (قوله ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا) اشارة الى قوله ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى الى آخره (قوله لاعلامه بالحكم) أي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي رحمه الله

لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعى (قال وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) و ينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة

نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا أولى من قوله م لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط في شئ منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام فانه أولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه أضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك أن يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى

(قوله فان للشافعي خلافا فيه لما مر) أقول فان زمان الشافعي متأخر ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنيا عليه وانما قال أولى دون الصواب لان مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي يستدل به على أنه محل الاجتهاد فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل (قوله ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط في شئ منهما) أقول يعني من البذل والاقرار (قوله وصورة ذلك) أقول أي صورة العرض ثلاث مرات

قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول أولى

أو ينكل كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار) أي في اظهارها يعني أن هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب لا واجب وأوضح هذا بقوله (فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط في شئ منهما (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في أكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى أقول هذا ليس بشرط صحيح فان المصنف بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والاول أولى) أي العرض ثلاث مرات أولى يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا أو ضيعة في يده أو حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فابى أن يحلف فانه ينبغي للقاضي أن يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا ألزمتك المدعى ثم يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان أبى أن يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شئ منه فان أبى أن يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشئ أصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان لفلان على ألف درهم فادعى عليه فانكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه

لا يحكم بالنكول بل برد اليمين الى المدعي (قوله فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء وهل

ثم

المدعى (قال واذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها فى العدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه فاء اليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه فى ولاء العتاقة أو الموالاة أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده أو ادعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فانه لا يستحلف فى هذه كلها عند أبى حنيفة وقالا يستحلف فى ذلك كله واذا نكل يقضى بالنكول الا فى الحدود واللعان

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان

ألغا وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر الى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه) أى حكم الثانى وهو الحكمى (حكم الاول) وهو الحقيقى (اذا علم أنه لا آفة به) أى بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضا آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضى عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول الصحيح كذا فى غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبى حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (فى النكاح) أى لا يستحلف عنده فى دعوى النكاح بان ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أى لا يستحلف عنده فى دعوى الرجعة أيضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها فى العدة وأنكرت أو بالعكس (والفىء فى الايلاء) أى فى دعوى الفىء بالايلاء أيضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه كان فاء اليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أى وفى دعوى الرق أيضا بان ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاد) أى وفى دعوى الاستيلاد أيضا بان ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجرى فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أى وفى دعوى النسب أيضا بان ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أى وفى دعوى الولاء أيضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك فى ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أى وفى دعوى الحدود أيضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أى وفى دعوى اللعان أيضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج واعلم أن هذه الاشياء كلها مذكورة فى مختصر القدورى ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف فى ذلك كله الا فى الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف فى الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم فى الاشياء السبعة الباقية وفى الكافى قال القاضى فخر الدين فى الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغى للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى وفى النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها

يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف عند غير القاضى كان المدعى على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضى غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضى لا يحلفه ثانيا وكذا لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شىء على المدعى عليه (قوله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة الخ) وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه

(قوله الا فى الحدود الخ) أقول استثناء من قوله وقالا يستحلف (قال المصنف ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول قال الزيلعى قال القاضى الامام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر فى الاشياء الستة يعنى فى هذه التى عدها سوى الحدود واللعان انتهى انما قال فى الاشياء الستة نظرا الى اتحاد النسب والاستيلاد (قال المصنف يستحلف فى ذلك كله الخ) أقول قال فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بالاجماع الا اذا

تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا فقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنى انتهى ينبغى أن يقول العبد فى دعواه انه قد أتى بما علق عليه عتقى ولا يقول انه قد زنى كى لا يصير قاذفا مولاه

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ماقدمناه اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب

عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضي عليه ببينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبدا الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فتتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات أيضا وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ماهذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ماهذا زوجك على ما ادعى والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعى التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعى في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي الى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها) وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار) أي في انكاره السابق (على ماقدمناه) يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما

تزوجها وأنكرت المرأة ذلك أو ادعت المرأة النكاح وأنكر الرجل أو ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وأنكرت المرأة أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج أو ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وأنكرت المرأة أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج أو ادعى مجهول النسب انه عبده أو ادعى ذلك على المجهول أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة أو ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده أو والده أو ادعت المرأة على مولاها انها ولدت منه هذا الولد أو ادعت انها ولدت منه ولدا وقد مات الولد وانها أم الولد له عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يقضي بالنكول وفي الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لان المولى اذا أقر به يصح اقراره فلا حاجة حينئذ الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم جميعا وصورته اذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا موجبا اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج زوجته معتبر كموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضي بالنكول هذا مثله لان كل واحد منهما يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من الحجج ككتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين ولا يعمل فيها البذل والاباحة

لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيه تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا أنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضا وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع

(قال المصنف وصورة الاستيلاد أن يقول الخ) أقول يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لانه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان في معنى الحد) أقول قوله واللعان مبتدأ وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض اجمالية) أقول بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة

فكان اقرارا أو بدلا عنه والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد

ترك هذه الفوائد الثلاث كذا فى العناية وغيرها (فكان) أى النكول (اقرارا أو بدلا عنه) بفتح الدال أى خلفا عن الاقرار يعنى أنه قائم مقام الاقرار أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف ههنا حيث عين أولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها ماذكر فى النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التى ترد عليهما فى القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد أولا أيضا أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه فى الموضعين معا بل كان هذا أى الاكتفاء به هو الذى ينبغى كما ستقف عليه (والاقرار يجرى فى هذه الاشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف فى الاشياء المذكورة تقريره أن النكول اقرار والاقرار يجرى فى هذه الاشياء ينتج أن النكول يجرى فى هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهى القضاء بالنكول كما فى سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أى لكن النكول (اقرار فيه شبهة) لانه فى نفسه سكوت (والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجرى النكول فيها (واللعان فى معنى الحد) لانه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج حتى أن كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبى اذا قذف الاجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة كما تقرر فى باب اللعان فلا يجرى النكول فيه أيضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره فى الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقى ثم وجد به عيبا فخاصمه فى النصف الاول فأنكر البيع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه فى النصف الثانى فانكر لم يلزمه و يستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله فى المرة الاولى كما لو أقر فى تلك المرة الثانى الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره فى المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى الى ههنا كلامه أقول ماذكره فى الجواب منظور فيه من وجوه الاول أن الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا أو بدلا عنه الثانى أن الوجه الذى ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق

(قوله فكان اقرارا أو بدلا عنه) أى خلفا عن الاقرار جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التى ترد عليها فى القول بالاقرار والنكول ليس باقرار فى نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار أو باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة على الخصوص ألا ترى أنه لا يصح الا فى مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضى اليه وأما الاقرار فحجة لا

ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه فى النصف الباقى فانكر لم يلزمه و يستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله فى المرة الاولى كما لو أقر فى تلك المرة الثانى الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره فى المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار أو الانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى

(قوله ولو كان النكول اقرارا لقضى به) أقول قال الزيلعى لو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك فانه لا يجوز الا فى مجلس القاضى وقضائه فافهم ولعل الجواب هو الجواب وأيضا الذى جعلاه اقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها انما هو فى مجلس القضاء فليتأمل (قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار) أقول أى خلفا عنه فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة يعنى أنه خلف ضرورى لا مطلق (قوله يقطع الخصومة) أقول الظاهر أن يقول يقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى) أقول بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف

القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ولجواز أن يكون نفس الاقرار بدلا عنه فحينئذ أيضا لا يتم التقريب الثالث أن الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما هو في صور النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الاقرار أيضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء أصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب أما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تامل ودراية انتهى وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى أقول كل واحد منهما ساقط أما الاول فلان كون تلك الاسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للعمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا هو كون النكول اقرارا كليا وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى وأما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل أنه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى (ولابي حنيفة أنه) أي

لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو أقر في غير مجلس القضاء أو قبل الدعوى صح واذا كان كذلك يجعل النكول فيما وراء لوجوب كأنه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه ويدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه لازمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو أقر في تلك فان قيل الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا الزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل أدخله فيه فعليه أن يخرجه منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا أقر فهو شيء لزمه باختياره الاقرار فانه كان يتقصى عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل يشكل على ما قال مسئلة ذكرها في المبسوط وهي أن الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرار القضي به قلنا انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولابي حنيفة رحمه الله أنه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح

ولابي حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول

وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار السابق والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا أنا حر وهذا الرجل يؤذينى فدفعت اليه نفسى أن يسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعى نسبى أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسى وأبحت له الامساك لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى الثانى لو كان بذلا كان ايجابا فى الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول أن بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وعن الثانى بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما فى الحوالات وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الاذن كاهداء المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعنى أن البذل فى هذه الاشياء لا يجرى ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله

بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار

النكول (بذل) وتفسير البذل عند ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لان معه) أى مع البذل (لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أى لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهى ما أشار اليه بقوله (وانزاله باذلا أولى) أى من انزاله مقرا (كى لا يصير كاذبا فى الانكار) أى فى انكاره السابق يعنى لو حملناه على الاقرار لكذبناه فى انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى وأجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى وأما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا وأجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها وأجيب عنه بانا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما فى

(قوله لان معه لا تبقى اليمين واجبة) أى مع البذل لحصول المقصود أى حصول ما ادعاه المدعى (قوله وانزاله باذلا أولى) جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل أبو حنيفة رحمه الله البذل أولى ولم يجعله اقرارا كما جعلاه فقال انزاله باذلا أولى لانا لو حملناه على الاقرار لكذبناه

(قوله وما كان كذلك فهو اما بذل أو اقرار الخ) أقول تقريره لا يطابق المشروح (قوله اذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول كما اذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثانى لو كان بذلا لكان ايجابا الخ) أقول الملازمة ممنوع ان أريد كان ايجابا من الناكل وان أريد بزعم المدعى فليس بزعمه ابتداء والجواب أن المراد هو الاول ولو لم يوجب لم يحكم القاضى به فتامل فلا ينتقض بالنذر اذ لا يحكم فيه القاضى (قوله بل هو صحيح كما فى الحوالة) أقول لم يذكر الكفالة لان الاصح انها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لا الدين فتامل (قوله سائر المداينات) أقول وفيه تامل فان قيد ابتداء يدفعه نعم فى الصلح عن انكار ذلك (قوله لان أبا حنيفة الخ) أقول هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك وفيه تامل (قوله والبذل لا يجرى فيها) أقول أى فى الاوصاف

والبذل لايجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين

الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة (والبذل لايجرى فى هذه الاشياء) فانه لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها وكذا لو قال أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فابحت له أن يدعى نسبى لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبحته وبذلته له لاتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل فى هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافى فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر بالرأى وهو لايجوز لان أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور ولا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح يعنى العناية لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى أقول مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكى أن تخصيص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر أن مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا على أن قاعدة الاصول هى أنه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة فى كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتأمل (الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن فى البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا فى عامة الشروح أقول للمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان أقدما على اليمين ان كانا صادقين فى انكارهما وبان أقرا ان كان المدعى هو الصادق فليتامل (وصحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو

فى الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب والبذل لايجرى فى هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بينى وبينك ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا مولى له بل أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فابحت له أن يدعينى وكذا لو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبيحه وأبذله له لاتخلص من خصومته صح بذله * فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا (قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب) لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغى أن لا يعتبر النكول من المكاتب والمأذون لانهما لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لقطع الخصومة فلا يجدان بدا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة (قوله وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى) جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء

(الا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله (وصحته فى الدين) جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى فى الدين لانه وصف فى الذمة والبذل لايجرى فيها ووجه ذلك أن البذل فى الدين ان لم يصح فاما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثانى فالمراد به ههنا أى فى الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع فان قيل فهلا جعل فى الاشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها أجيب بان أمر المال هين تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان أمرها ليس بهين حيث لا تجرى فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفى قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفى ذلك تسامح فى العبارة والذى ذكرناه فى مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى

(قوله ووجه ذلك أن البذل فى الدين الخ) أقول لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره

قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به

أن النكول لو كان بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف فى الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف فاجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز فى الاموال لان أمر المال هين حيث تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا تجرى فيها الاباحة كذا فى الشروح وسائر المعتبرات حتى أن صاحب الكافى أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى فى الدين لان محله الاعيان لا الديون اذا البذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف والدين وصف فى الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى وأقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا فى الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور فى الاموال المتحققة فى الاعيان لا فى الاوصاف الثابتة فى الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذى يأخذه المدعى من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذى ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندى فى الجواب أن يقال معنى البذل فى الدين احداث مثله فى ذمة المدعى باعطاء عين مماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق فى موضعه فاذا قال المدعى مثلا لى عليه عشرة دراهم كان معناه حصل الى فى ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذى يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين مماثل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذى يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه اذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة فجاز أن يثبت بالنكول الذى هو بذل أو اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجرى اليمين فى الحدود وعن محمد أنه قال القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع فالقاضى يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال أريد المال فالقاضى يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال كذا فى النهاية نقلا عن الامام المرغينانى والمحبوبى قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) أى بفعل السارق وهو السرقة (شيآن الضمان) أى أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول والقطع) أى وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أى لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المصنف بفعله فى قوله لان المنوط بفعله شيآن النكول ثم قال ويجوز أن يراد به فعل السرقة أقول الثانى هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل فى قوله لان المنوط بفعله شيآن على النكول وأحد الشيئين هو القطع ثم أقول بقى فى كلام المصنف شئ وهو

لا يجريان فى الاوصاف والدين وصف فى الذمة * فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه * فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر * قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس * قال القاضى فخر الدين رحمه الله فى الجامع الصغير والفتوى على قولهما * وقيل ينبغى ان ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله كما فى

قال (ويستحلف السارق الخ) اذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول وعن محمد أنه قال القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع يقول القاضى الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) يريد به النكول (شيآن الضمان ويعمل النكول فيه والقطع فلا يثبت به

(قوله يريد به النكول فيه) أقول فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول فيه شبهة التناقض والاصوب تفسير فعله بفعل السرقة

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لاسيما

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادّعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا فى النكاح اذا ادعت هى الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

أن التعليل الذى ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيآن الى آخره لا يفيد شيأ يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان و يعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقى المدعى غير معلوم اللمية والاوجه فى التعليل ماذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ماذكره صاحب الكافى حيث قال لانه فى السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا تجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تقف (فصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كما اذا شهد عليها) أى على السرقة (رجل وامرأتان) فانه يثبت هنالك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع و يثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى فى دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة فى الطلاق قبل الدخول هى تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى فى كل المهر أو نصفه كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغنى عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى وأجاب عنه بعضهم بانه لو أطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى قال المصنف (وكذا فى النكاح اذا ادعت هى الصداق) أى وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لان ذلك دعوى المال) أى المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعنى يثبت المال بنكوله فى قولهم جميعا لان المال يجرى فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجرى فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر بالنكول لامطلقا على أن المهر يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى أقول كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل أما الاول فلانه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر بالنكول لجاز البذل فى النكاح فى الجملة أى فى بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثانى فلأن المهر وان لم يستلزم قيام النكاح فى البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح فى الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التى نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا فى الابتداء ولا فى البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم أقول فى الجواب عن سؤاله أن ثبوت المهر فى الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه وأما ثبوته عند القاضى فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة فى علم القاضى مظهرة فى الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الاول دون الثانى كما فيما نحن فيه فالذى يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضى بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به فى الكتاب

الوكيل بالخصومة * فان قيل وجوب الحكم على القاضى بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح

اذا كان المقصود هو المال) فان قلت هل فى تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هى تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون فى كل المهر أو نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغنى عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك (وكذا فى النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فان قلت وجب أن يثبت النكاح أيضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجرى فيه كما تقدم

(قوله وفيه نظر لان الاطلاق يغنى عن ذلك الخ) أقول فيه بحث فانه لو أطلق ربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضا فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى لكن بقى فى قولنا بل ولكماله بحث فتأمل (قوله وكذا فى النكاح الى قوله ولا يثبت النكاح) أقول فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر لامطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لايجرى فيه كما تقدم) أقول فينبغى أن يثبت النكاح عندهما وكذا

وكذافي النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

فان ماذكرناه خاص في الجميع قال المصنف (وكذافي النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع (اذا ادعى حقا) أي اذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالارث) بان ادعى رجل على رجل انه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لايعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وانها أولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لان المقصود هذه الحقوق) دليل المجموع يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق أي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعدما فسر قول المصنف لان المقصود هذه الحقوق بقوله أي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لايجوز انتهى أقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها وأما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا ألا يرى أن المدعي في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها أيضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لايجري فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى أقول وفيه أيضا نظر فان المعلل ههنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها أيضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو النكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ماقاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هنالك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا أن يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذافي النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان

الاخذ للمدعي ولكن لايلزم القاضي ان يقضي به كالصلح على الانكار * قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي وأما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما أن المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا ينازعه المنكر بيده أو بذمته والمدعى عليه ابطله بالمنازعة والشرع أبطاله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لايمكنه استيفاؤه منه جبرا فانتقل بحكم الشرع الى الاصل (قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) اذا قال

(وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) بان ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا اذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيا لايعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته حرة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي تريد بذلك ابطال حق الرجوع استحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الاخوة قوله (لان المقصود هذه الحقوق) دليل المجموع أي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لايجوز.

(قوله فانه يستحلف على النسب) أقول فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق نص عليه الاتقاني نقلا عن خواهر زاده وجوابه أن كلام الشارح مبني على مايجيء من أن السبب اذا كان لا يرتفع برافع يحلف على السبب بالاجماع (قوله فادعت اخوته حرة) أقول أو ادعي ذلك حر (قوله فان فيه تحميله على الغير وهو لايجوز) أقول الاظهر أن يقول بدله فان البذل لايجري

فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح فان ماذكره من التعليل فيه قصور لان المدعي في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلا فان المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب وأما مذهب الامامين في نفي الاستحلاف اذا ادعى المدعي الاخوة فيفهم بتعليله من قوله وانما يستحلف الخ فافهم

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان

مقصود المدعى فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر وأما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعى المدعى مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعى في هذه الصورة النسب المجرد ويدعى مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل أيضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وانما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا كان يثبت باقراره) أي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالاب والابن في حق الرجل) فانه اذا أقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره (والاب في حق المرأة) فانها اذا أقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها وأما لو أقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها (لان في دعواها الابن) أي في ادعائها الابن أي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أي وكالولى يعني السيد (والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح بأربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلاثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان أصل المسئلة في محلها أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعى بينة (استحلف) المدعى عليه (بالاجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما) أي في النفس وفيما دونها (لان

المدعى انه أخو المدعى عليه لابيه وان أباهما مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعى هذا الصبي الذي التقطته أخي ولي ولاية الحجر عليه وأنكر ذو اليد والنفقة اذا قال المدعى وهو زمن انه أخو

ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير وأما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف وهذا بناء على أن النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس المدعى بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

(قوله ولهذا) أقول أي لعدم الجواز (قال المصنف لان في دعواها) أقول في النهاية أي في اقرارها انتهى وفيه كلام (قوله فان دعواهما الخ) أقول فيه ركاكة ظاهرة وتندفع باعادة الضمير الى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطأ وأما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شئ ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة أجيب بان المال ثمة أصل و يتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقى الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين القاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد فى صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابى حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجرى فيها البذل ألا ترى أنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الامن حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجرى فيها البذل فانه لو قال اقتلنى فقتله يؤخذ بالقصاص فى رواية و بالدية فى أخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال (١٧٩) لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدى كما يباح له أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب بقوله الا أنه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله وما نحن فيه من البذل أى الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى أن الخصومة تندفع بالارش

النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص و يجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها

النكول اقرار فيه شبهة عندهما) لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا فى الكافى (فلا يثبت به القصاص و يجب به المال خصوصا) أى خاصة (اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا فى الشروح ونظيره هذا ما أشار اليه المصنف بقوله (كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد) فانه يجب فيه المال و بالعكس لا يجب فيه شئ (ولابى حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال (فيجرى فيها البذل) كما يجرى فى الاموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجرى فيها البذل (فانه لو قال اقطع يدى) أى لو قال للآخر اقطع يدى (فقطعها

المدعى عليه فافرض لى عليه النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا المدعى أخاه وامتناع الرجوع فى الهبة بان أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانه يستحلف المدعى عليه على ما يدعى من النسب بالاجماع ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من المال أو الحق لا النسب (قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) الاصل امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شئ لا القصاص ولا المال كما اذا أقام مدع ادعى القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولى الخطا والقاتل العمد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه يجب المال كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد (قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجرى فيه البذل) *فان قيل لما

(قوله اذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول أى الامتناع من جهة من عليه (قوله لانه لم يصرح بالاقرار) أقول بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الانكار وهو النكول (قوله فاشبه الخطأ) أقول فى كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فان قيل الى قوله حيث يثبت المال فيها) أقول أى فى السرقة (قوله أجيب بان المال الخ) أقول مأخوذ من النهاية (قوله واذا قصر لم يتعد الخ) أقول أى اذا ثبت قصور فى ثبوت المال بان كان بحجة فيها شبهة ثم أقول لا يذهب عليك ما فى هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول لعل المراد أن يكون شبيها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة اه كما يلوح اليه قوله لعدم شبهها بالخطا (قوله لعدم شبهها بالخطا) أقول فانه ما جاء تعذر القصاص من قبل القاتل ثم اعلم أن الضمير فى قوله شبهها راجع الى صورة فى قوله ولم يوجد فى صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول ولكن يأثم فيه (قوله لجاز قطع يده من غير اثم) أقول الاولى أن يقال لجاز بذل يده من غير اثم وليس كذلك فيرتبط الجواب بالسؤال فان ضمير لا يباح عائد الى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف وأيضا القطع بقطع الخصومة اذا لم يكن المدعى محقا ليس بمحتاج وأما قوله كالقطع للآكلة فامره هين فانه من قبيل اسناد الفعل الى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه فى مجرد الاباحة

وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات
كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل
وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا أن البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص
واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو

لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال (واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل لخصمه

لا يجب الضمان) أي على القاطع (وهذا) أي عدم وجوب الضمان (اعمال للبذل) في الاطراف وأما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في الانفس ولما استشعر أن يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح أخذ ماله اذا قال خذ مالي أجاب عنه بقوله (الا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال ألق مالي في البحر أو أحرقه بالنار (وهذا البذل) أي الذي بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع) قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين أحدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني أن الخصومة تندفع بالارش وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه انتهى أقول مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه وذلك ممنوع اذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الاطراف مما يسلك بها مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة ايماء الى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى (واذا امتنع القصاص في النفس) أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أي والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أي يحبس الناكل بذلك الحق (كما في القسامة) فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (قال) أي القدوري في مختصره (واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل لخصمه

قطع الطرف وكان عند أبي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال كان ينبغي أن يجري الاستحلاف في قطع السرقة أيضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الاطراف * قلنا القطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة أما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الاموال فقوي بل مقابلة الاموال في ثبوته مع الشبهة (قوله واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل

يحلفوا قال (واذا قال المدعى لي بينة حاضرة الخ) واذا قال المدعى لي بينة حاضرة في المصر فاما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا فان كان مقيما قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام فان فعل والا أمر بملازمته أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وأما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة

(قوله لانهم المحتاجون اليها) أقول يعني الى الاطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول يعني فيثبت القطع بالشبهات لكن بقي ههنا بحث اذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس بل الاصوب أن يقال ان الاطراف لكونها بمنزلة الاموال يصح فيها البذل اذا كانت هي المدعى والمدعى في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبذل يده لاندفاع الخصومة فان مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل

لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بان يقال ان القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهري وقد مر في أول الشهادة ثم أقول يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الاول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها (قوله والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه (قال المصنف واذا قال المدعى لي بينة حاضرة) أقول ليست المسئلة من باب اليمين فذكرها ههنا استطرادي

أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقدم من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظر المدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فان فعل والا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه (الا أن يكون غريبا

أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه) أي كي لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أي حق المدعي ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعي (وقدم من قبل) أي وقدم جواز الكفالة بالنفس من قبل أي في أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي أنه يجوز وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا والقياس أن لا يجوز وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان فيه) أي في أخذ الكفيل (نظر المدعي) اذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه أي استعان به فاعداه الامير عليه أي أعانه الامير عليه ونصره ومنه قول الشاعر

ونستعدي الامير اذا ظلمنا * ومن يعدي اذا ظلم الامير

كذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روي عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر (والحقير من المال والخطير) أي وبين الحقير من المال والخطير أي الشريف وعن محمد أنه اذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر) أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر (حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أي لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لان الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب (قال) أي القدوري في مختصره (فان فعل) أي فان أعطى خصمه الكفيل فبها (والا) أي وان لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المدعي بملازمة خصمه (كي لا يذهب حقه) أي حق المدعي (الا أن يكون غريبا)

لخصمه اعطه كفيلا بنفسك) وله أن يطالب وكيلا حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان أعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل فاذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل الاصيل اذا كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو أخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون أيسر وان كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما (قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه) لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا (قوله وهو الصحيح) وعن أبي يوسف رحمه الله

الحضور وجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله وأما التقدير بثلاثة أيام فروي عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد أنه قال اذا كان معروفا والظاهر أنه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو

(قوله ووجه ذلك) أقول يعني وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول فيه بحث فان المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روي عن أبي يوسف فالشرح لا يطابق المشروح وجوابه أظهر من أن يكتب

فيلازم مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فيحلف بالله أو ليذر

أي الا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أي مسافرا (فيلازم) أي فيلازم المدعي المدعى عليه (مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) أي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء منصرف اليهما) أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا أن يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا (لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (اضرارا به) أي بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهرا) أي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فات القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان أخبر مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من أراد السفر لا بد أن يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الى آخر المجلس فان أحضر المدعي بينته في هذه المدة والا خلي سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام كذا في غاية البيان قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى) والذي يذكره المصنف هنالك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله بل يدخل المطلوب على أهله والطالب اللازم يجلس على باب داره ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين أن المطلوب اذا أراد أن يدخل بيته فاما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف) لما ذكر نفس اليمين أي في أي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء هي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف (قال) أي القدوري في مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) أقول ههنا كلام وهو أنه قال في كتاب الايمان اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن

مقدر بمجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير *وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (قوله فالاستثناء منصرف اليهما) أي أخذ الكفيل والملازمة والله أعلم

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كبير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف) لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكلامه فيه ظاهر

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف) (قال المصنف واليمين بالله) أقول قوله واليمين مبتدأ وقوله بالله خبره

وقال

وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه الا أنه يحتاط فيه كي لا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل في زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وأيضا قال هنالك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه أيضا ويمكن أن يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا أنها كانت به في المآل فتامل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أي اليمين (بذكر أوصافه) أي بذكر أوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر) والخفاء (ما يعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله) أي وللقاضي (أن يزيد في التغليظ على هذا) أي على المذكور (وله أن ينقص منه) أي من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول وأحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي أن يراعي أحوال الناس والاصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه في الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ) فلا يزاد عليها (وان شاء) القاضي (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شيء فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأي فيه الى القاضي (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) اذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الاول (وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا في القيل الاول (قال) أي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وقيل في زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك) أي أو بالطلاق أو بالعتاق (لقلة المبالات باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول يرد عليه

(قوله الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين) والاحتياط ان يذكر بغير واو فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة ايمان والمستحق يمين واحدة (قوله وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله) وفي الفصول ان القاضي اذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضي عليه

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم أعجمي روي أنه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة حمم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فأمر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم

(قوله لا يقضي عليه بالنكول) أقول على ظاهر الرواية هو الصحيح (قوله لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا) أقول فكيف سوغ للقاضي تكليف الاتيان بما هو منهي عنه شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهي تنزيهي

قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى ان حكم الزانى فى كتابكم هذا ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه

أن هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر فلا يصح على ماعرف فى موضعه وفى فتاوى قاضيخان وان أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لايجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوز ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا واجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان مسته الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بان الرأى الى القاضى انتهى وفى فصول الاستروشنى ولو حلفه القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتى بان الرأى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى أقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضى أن يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وأن يفتى بجواز ذلك ان مسته الضرورة ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ألا يرى الى ما مر فى بيان دليل أبى حنيفة على عدم جواز الاستحلاف فى الاشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى لقوله) أى لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الاعور) وفى المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى (أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزانى فى كتابكم هذا) أى التحميم هذا الحديث أخرجه مسلم فى الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضى الله عنه قال مر النبى عليه السلام بيهودى محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزانى فى كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم فقال اللهم لا فلولا أنك نشدتنى بهذا لم أخبرك حد الزانى فى كتابنا الرجم ولكنه كثر فى أشرافنا فكنا اذا أخذنا الرجل الشريف تركناه واذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم انى أول من أحيا أمرك اذ أماتوه فأمر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه فى سنن أبى داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له يعنى لابن صوريا الحديث وهذا مرسل (ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى) أى يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين

فقال أنشدك بالله أى أحلفك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزانى كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك

بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا وفى الخلاصة ولو حلفه القاضى بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه * وذكر الامام قاضيخان رحمه الله فى فتاواه وان أراد المدعى تحليفه بالطلاق أو العتاق ففى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق أو العتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوز ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله لابن صوريا) ذكر فى المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى

(و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الاصل ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر أنه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لان القاضى لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى ايجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت)

الكاذبة (ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار هكذا ذكر محمد فى الاصل) وذلك لان المجوسى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم) لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وفى المبسوط وكانه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال تذكر النار فى اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أى التوراة والانجيل (لان كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) لا يقال لو كانوا يعتقدون انه تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم ألا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لان القاضى لا يحضرها) أى لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففى أى مكان حلفه جاز وفى الاجناس قال فى المأخوذ للحسن وان سأل المدعى القاضى أن يبعث به الى بيعة أو كنيسة فيحلفه هنالك فلا باس أن يفعله اذا اتهمه كذا فى غاية البيان (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أى بدون تعيين الزمان والمكان (وفى ايجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها) أى حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أى الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعى اذا كانت اليمين فى قسامة أو فى لعان أو فى مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبى عليه الصلاة والسلام وفى بيت المقدس عند الصخرة وفى سائر البلاد فى الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) يعنى يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب والضابط فى ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أو لا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب

(قوله بل هو ممنوع عن ذلك) لما فى ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى ايجابه حرج على القاضى بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعى اذا كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبى صلى الله عليه وسلم وفى بيت المقدس عند الصخرة وفى سائر البلاد فى الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما فيه من الحرج على الحاكم قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب والضابط فى ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أو لا

(قوله وفى ايجابه حرج على القاضى بحضوره) أقول الباء للسببية والضمير فى قوله وفى ايجابه راجع الى تغليظ اليمين

فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عندأبي حنيفة ومحمد وعلى السبب عندأبي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي احلف بالله مابعت أيها القاضي ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلوانى ماعبر عنه بقوله وقيل ينظر فى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق

(قوله فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول أى على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضى) أقول مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول أى ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول وان أنكر الحكم (قوله والامة مطلقا) أقول أى كافرة أومسلمة (قوله وعليها بالردة واللحاق) أقول اذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقا (قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ) أقول أى التحليف على الحاصل وليس معناه ان التحليف فى جميع الامور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف فى النكاح عنده فلو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما فى المزارعة فليتأمل اما

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ، ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ماغصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

عندأبي يوسف رحمه الله الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لانه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الاقالة أى ثم تطرأ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أى رد المدعى (ولا يحلف بالله ماغصبت) هذا أيضا من قول القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه قد يغصب) أى قد يغصب الشئ (ثم يفسخ) أى يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال) وهذا أيضا من قول القدورى وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح هذا على قولهما لما أن الاستحلاف فى النكاح قولهما أقول الاولى أن يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف فى النكاح مطلقا وان كان يجرى على قولهما معا الا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجرى على قول محمد فقط اذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف انما هو على السبب كما ينادى عليه قول المصنف فيما سيأتى أما على قول أبي يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك أيضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام هنا فى الاستحلاف على الحاصل مطلقا أى سواء عرض أو لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف الخ اذ لا خلاف فى صورة التعريض قال المصنف فى التعليل (لانه قد يطرأ عليه الخلع) أى يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذى هو أصل النكاح ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) وهذا أيضا من قول القدورى فكأنه زاد ذكر دعوى فى هذه المسئلة التى هى أخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا ايماء الى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضا الا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان النكاح قد يجدد بعد الابانة) وفرع على جملة ماذكره فى تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد) أى التحليف على الحاصل فى الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الظاهر أيضا أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب أى تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح بما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال أى التحليف على الحاصل قول أبي

---

*وقال الشافعى رحمه الله ان كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة والمسجد الجامع فى غيرهما والمسجد ان لم يكن ثمة جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة

أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه

حنيفة ومحمد وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده في النكاح انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجمع تعيينا لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر (اما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك) أي في جميع ما ذكر من الوجوه (على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا) أي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه القاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت أيها القاضي ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقيل فيه وعلى هذا باقي أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشئ في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع (وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه) أي روي عنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه (ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفي فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا أحسن الاقاويل عندي وعليه أكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى رأي القاضي (فالحاصل هو الاصل عندهما) أي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما (اذا كان سببا) أي اذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع الا اذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك) أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي (مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) أي لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها) بان كان شافعيا (لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي) فان قيل في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم أو سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان سببا) أي ان كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز أن يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل أي ما هي حرة أو ما هو حر في الحال كذا في الكافي (لانه يكرر الرق عليها) أي على الامة (بالردة واللحاق) بدار الحرب والسبي (وعليه)

(قوله الا اذا عرض بما ذكرنا) أي عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين أراد أن يستحلفه على السبب وقال له قل والله ما بعت أيها القاضي البيع قد يقال وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة

واذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل اصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي أجيب بانه أولى بذلك لان ... ني لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت

(قال المصنف فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول في باب اليمين من فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر في دفعه (قوله واذا ادعت المبتوتة النفقة الخ)

الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ماهي بائن منك الساعة ومايستحق عليك رده ومابينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبي يوسف يحلف على السبب قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط في ذلك أن الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ماسرق مع أنه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ماقبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى أن التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لاعلم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ماضمن بنفسه وفي الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض (واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة)

أقول وفي الخانية في باب اليمين امرأة ادعت على زوجها انه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فانكر الزوج النفقة يحلف بالله ماعليك تسليم النفقة اليها الا اذا عرضت المرأة

بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

أي ويكرر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبي أيضا (ولا يكرر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أي الوارث (على علمه) أي بالله مايعلم أن هذا عبد المدعى (لانه لاعلم له) أي للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعني ان وهب له عبد أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أي المجوز (لليمين) أي لليمين على البتات (اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشترى ومباشرته ولو لم يعلم المشترى أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر أيضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط في ذلك أن التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل أني يستقيم هذا ولو ادعى

أو البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة (قوله اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) يريد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشترى ومباشرته ولو لم يعلم المشترى بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره (قوله ولا علم له بما صنع المورث) وذكر فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير

فتقول انه من أصحاب الحديث يزعم انه لا نفقة للمبتوتة ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب بالله ماطلقتها بعد الدخول انتهى فاقول لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب ويجوز أن يقال مافي الخانية فيما اذا لم يعلم القاضي مذهب الزوج ومافي الهداية والشروح فيما اذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ماعليك حق الرد فان بالحلف على السبب يتضرر البائع اذ قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وفي صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول غير مسلم في الرد بالعيب (قال المصنف لانه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول قال الزيلعي أخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى فيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه

عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا فى الكافى قال الامام الاستروشنى فى الفصل الثالث من فصوله وأما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين منى أو غصبت هذا العين منى يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى ان أباك سرق هذا العين منى أو غصبه هذا العين منى يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا فى الرد بالعيب يرتد به ان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت اباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوى يزيد على هذا الاصل حرفا وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيأ يتصل به فحينئذ يحلف على البتات تخريج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت منى استأجرت منى استقرضت منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففى هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذى استحلف لا علم لى بذلك فاما اذا قال لى علم بذلك يحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة منى فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشترى ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعى أن له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا فى غاية البيان وذكر الامام اللامشى أن فى كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات أقوى كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعى أخذا من النهاية ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل وأقول بحثه الثانى متوجه فى الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما فى النهاية وقال وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال فى فصوله ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط فى فصل المتفرقات من أدب القاضى منه فى كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضى على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لان البتات أقوى ولو نكل عنه

فان قيل الارث كذلك أجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره بنفسه فيعلم ما صنع

بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل الخ محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل

المشترى والموهوب له مالك بسبب شرعى وضع له وهذا يفيده علما بانه ملكه لا ملك غيره فصح تحليفه بالبتات فان

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

يقضي عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضي عليه وان وجه اشكاله توجه ما ذكراه وأما بحثه الاول وجوابه فنظر رفيهما أما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى وأما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا ما ذكر ولا يجرى الجواز المذكور هنالك على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أى افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أى صالح الآخر المدعى من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أى الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو أقل من المدعى وأما الصلح من اليمين فانما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وهو) أى الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه ذكر فى الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه فى خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر فان المقداد رضي الله عنه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان قصة المقداد ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى وأقول نظره ساقط بشقيه أما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف انها كانت فى الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا أن الباقى فى ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف انما ينافى الاول دون الثانى فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه اذ النزاع حينئذ يكون فى الايفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته قلت المراد به انه كان يدعى ايفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقى البعض منه فى ذمتك وهو ثلاثة آلاف فحينئذ يكون النزاع فى الايفاء فرع النزاع فى أصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي وأما شقه الثانى فلانه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فى هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعى وان أمكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال فى رواية مذكورة فى الفوائد الظهيرية والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد أشار اليه صاحب العناية حيث قال أولا ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر فى الفوائد الظهيرية

أى فقد امتنع عما هو مطلق له فصار باذلا فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطولب بعلم ان كان له واذا لم يفعل

(قال ومن ادعى على آخر مالا الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شئ مثل المال المدعى به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه وذكر فى الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه فى خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين أن الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك

(قوله قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف) أقول فيه نظر فانه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لانه أسقط حقه والله أعلم

(باب التحالف)

قال (واذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أواعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه فاقام أحدهما البينة قضى له بها) لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى

ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى واعلم أن صاحب النهاية قد أوضح المرام بتفصيل الكلام فى هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتاب فى أن عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه فى ذلك أو مدعيا ففى الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فاعطى شيأ وافتدى عنه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر فى الباب الاول من دعوى المبسوط فى احتجاج الشافعى فى مسئلة رد اليمين على المدعى أن عثمان رضى الله عنه كان مدعيا فقال وحجته فى رد اليمين على المدعى ماروى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدى عمر رضى الله عنهم الى أن قال ليحلف لى عثمان وذكر الامام المحبوبى تمام القصة فقال روى أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضى الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضى الله عنه فى خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ماقاله ثم قال فى المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان رضى الله عنه وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أى ليس للمدعى أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التى افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أى فى وقت من الاوقات (لانه أسقط حقه) أى لان المدعى أسقط حقه فى يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا فى الشروح وسائر المعتبرات

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه فى الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما) أى المشترى (ثمنا) بان قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بان قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة (وادعى المشترى أكثر منه) بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما فى قدر الثمن كما فى الصورة الاولى أو قدر المبيع كما فى الصورة الثانية (فاقام أحدهما البينة قضى له بها) أى بالبينة (لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى

مع الامكان صار باذلا * وذكر الامام اللامشى رحمه الله ان فى كل موضع وجبت اليمين على البتات فالحلف على العلم لا يكون معتبرا ولو نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه يقضى عليه لان الحلف على البتات أقوى والله أعلم بالصواب

(باب التحالف)

أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ماقاله فيكون دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى والجواب أنه كان يدعى الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه فى اليمين فى لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لانه أسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين (١٩١) ليست بمال *(باب التحالف)* راعى الترتيب الطبيعى فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (اذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى المشترى أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بان المبيع كر من حنطة وقال المشترى هو كران فمن أقام البينة قضى له بها لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لانها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجبه وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما فى الزيادة فثبتها كان أكثر اثباتا ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقاما بينة فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشترى بمائة دينار وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشترى

(باب التحالف) (قال المصنف لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول ولو ظاهرا فلا يخالف ما يجيء بعد أسطر لان المشترى لا يدعى شيأ الخ اذ المراد لا يدعى ادعاء معتبرا وبه يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشترى بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعى فانه اذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لانه تسمع بينة المدعى صورة كما اذا ادعى المودع رد الوديعة وان أريد انه ليس بمدع أصلا ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى

والبينة أقوى منها (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان به

والبينة أقوى منها) لان البينة توجب منها الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات) أي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان أكثر اثباتا كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت أن كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى أقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا) بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول أبي حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا ونظير هذه المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا أي في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسئلة وأما اذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط أقول في التعليل الثاني بحث أما أولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت ببينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع وأما ثانيا فبالنقض فانه لو سلم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة أيضا اذ حينئذ ينفي المشتري أيضا ببينته حق البائع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع أن المسئلة على انه اذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا وأما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم أن المشتري ينفي ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري) أي يقول الحاكم للمشتري (اما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع) أي يقول للبائع (اما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود) أي المقصود من شرع الاسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أي القول المذكور للبائع والمشتري جهة في قطع المنازعة (لانه ربما لا يرضيان) أي المتبايعان (بالفسخ فاذا علما به) أي بالفسخ (يتراضيان به) أي يدعي كل واحد منهما أقول لقائل أن يقول كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وأن يقال للمشتري اما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضا بالاكثر يمكن أيضا بعكسه وهو أن يكلف مدعي

بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لسن الاتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول وان لم يكن بينة يقول الحاكم للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما

(قال المصنف ولا تعارض في الزيادة) أقول فيه شيء جوابه لا يخفى (قال المصنف وان لم يكن لكل واحد منهما) أقول الاظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى (قال المصنف وهذه جهة) أقول أنث اسم الاشارة باعتبار الخبر أو على تاويل القول بالمقالة

(فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه

الاكثر بالرضا بالاقل فالرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية فى شرح قول المصنف فان لم يتراضيا أى بان يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى أقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا فى الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة وهى ما اذا اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر فى الكتاب أن صورة الاختلاف فى الثمن أن يدعى أحدهما ثمنا ويدعى الآخر أكثر منه وأن صورة الاختلاف فى المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه فى هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا أو اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى أن ما ذكره المصنف ههنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام أى ان لم يتراض البائع والمشترى يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشترى من المبيع ولم يرض المشترى بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضى كل واحد من البائع والمشترى على دعوى صاحبه انتهى أقول وفيه أيضا قصور لان هذا أيضا لا يجرى الا فى الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة فلا يناسب ما ذكره المصنف ههنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندى فى شرح المقام أن يقال أى ان لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الاولى والصورة الثانية أو مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فحينئذ يجرى معنى الكلام وفحوى المقام فى كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشترى السلعة كذا فى العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشترى شيأ فيما بعد القبض ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى مع أنه قال فيما قبل فأيهما أقام البينة قضى له بها قلت المراد أن المشترى لا يدعى شيأ دعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافى أن يكون المشترى مدعيا ادعاء صوريا فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشترى مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا أيضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى بل انما اليمين ابتداء على المنكر الحقيقى بخلاف المدعى الصورى فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك أن تقول فى الجواب عن أصل السؤال أن المشترى لا يدعى شيأ فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا أى قبول البينة من غير المدعى لدفع اليمين كثير فى مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رأيناه حقا فى شرح مراد المصنف من كلامه المذكور فى صدر كتاب الدعوى فتذكر أقول بقى ههنا شئ وهو أنه ان أراد المصنف بكلمة هذا فى قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما فى صورة الاختلاف فى الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى أما الاول فلان تلك الصورة أبعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد

لا رضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه

(قال المصنف لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أقول ذكر الضمير الراجع الى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه أو لوجوه أخرى

لكناعرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (ويبتدئ بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن

وأما الثاني فلان الاصل المذكور أعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس و بعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار أيضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيا لان الثمن سالم له بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد أفصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان أراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى أيضا أما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر وأما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى ثم اعلم أن صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول هذا الحديث يخالف المشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى أقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعي أيضا فيما نحن فيه وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعي مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوح (قال) أي القدوري في مختصره (ويبتدئ) أي القاضي (بيمين المشتري) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الاول لابي يوسف كما سيجيء (لان المشتري أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن) فهو البادئ بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادي أظلم لكونه منشأ الثاني أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالبا أولا بالثمن كان منكرا للشيئين أصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان أشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولانه يتعجل فائدة النكول) أي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) أي فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو (الزام الثمن) أو بتاويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه

(قوله ولو بدأ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لانه يقال له امسك المبيع الى

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل أن يقول هذا الحديث يخالف المشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري أشدهما انكارا لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الانسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه أولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن

(قوله هذا الحديث يخالف المشهور الخ) أقول قال في النهاية والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الاصول وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول هو معمول به قطعا فيما عدا محل النزاع وهذا الحديث ليس كذلك

وكان

وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع ووجه الاستدلال أنه عليه السلام خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم يعني أنه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لايكتفى بها فلا أقل من البداءة بها وان كان العقد مقابضة أو صرفا يبدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما ماقال (وصفة اليمين الخ) ذكر في الاصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف ويحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله تعالى ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لاينافي التأكيد

(قال المصنف وكان أبو يوسف الى قوله تقدمه) أقول وقدمر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد مايمكن أن يكون جوابا عن التمسك بهذا الحديث (قوله وفيه نظر لان ذلك لاينافي التأكيد) . أقول والجواب أن أحوج الاشياء الى التوكيد أمر القسم لعظم موقعه وعلو قدره فاذا اقتصر في التحليف به على النفي دل على ماذكره دلالة واضحة ولو سلم فقول المصنف والاصح دون والصحيح للاشارة اليه فليتأمل فانه يجوز أن يقال قوله ذلك اشارة الى قوله لان الايمان وضعت للنفي الخ فان الوضع للنفي لا ينافي التأكيد بالاثبات كما أن الوضع للاثبات لا ينافي التأكيد بالنفي فانه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره كذا في شرح الاتقاني وفيه نظر فان تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لانعلم له وارثا غيره في معنى الاثبات حيث يثبته

وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف ويحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين) وقال في الزيادات يحلف بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا

يقال له أمسك المبيع الى أن تستوفي الثمن فكان تقديم مايتعجل فائدته أولى كذا في الكافي (وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع) وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ماقاله البائع (وأقل فائدته) أي فائدة التخصيص (التقديم) يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لايكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لاتشكل لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين مايشكل ولم يتقدم بيانه انتهى أقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من أنكر كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضا في حق البائع فانه قدمر أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وفيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من أنكر في أكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلافرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح أو بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن (وان كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أي بيع ثمن بثمن او هو المسمى بالصرف (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) أي في الانكار وفي فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين) كذا ذكره في الاصل (وقال في الزيادات يحلف) أي البائع (بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تأكيدا) قال المصنف (والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت) أي على النفي وضعت لاعلى الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة بالله ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا) وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لاينافي التأكيد انتهى أقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما يرشد اليه تفسيرنا

أن تستوفي الثمن فكان تقديم مايتعجل فائدته أولى (قوله وأقل فائدته التقديم) أي ان النبي عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضي الاكتفاء بيمينه فان كان لايكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه (قوله بضم الاثبات الى النفي تأكيدا) بيانه انه لوحلف المشتري بالله مااشتراه بالفين ربما يحلف ويكون بارا في يمينه

قال (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته

المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه افادة لقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك أن الذي يجب عليه شرعا او يكون حقا للمدعي اتمامه والاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل (قال) أي القدوري في مختصره (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) أي ان طلبا أو طلب أحدهما كذا في الكافي والشروح قال المصنف (وهذا) أي الذي ذكره القدوري (يدل على أنه) أي البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في الكافي وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى (لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول) أي يبقى بيعا بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية أقول هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك أي يبقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اذا اختلفا في المبيع واما بجهالة الثمن فيما اذا اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال اذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع) أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه) أي الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل في الاعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة أقول في تقرير المصنف شئ وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة فقط حيث قال وجعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا فكان الاحسن أن يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم أن الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده

فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز انه باعه بالف ودرهم ويكون صادقا في يمينه انه لم يبع بالف درهم فيبطل حق المدعي والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحلف لانه لا يحنث في يمينه وكذا للمشتري لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يدعي الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالي بالحلف على ألف لانه لا يحنث في يمينه (قوله فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) أي ان طلباه أو طلب أحدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما

فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض واذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض

استحقاق المشهود له لجميع التركة

قال (واذا اختلفا في الاجل الخ (واذا اختلفا في الاجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا لان هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد به النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد

قال (وان اختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد

انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (وان اختلفا في الاجل) أي في أصله أو قدره كذا في الشروح (أو في شرط الخيار) أي في أصله أو قدره أيضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان (أو في استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف لان ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوي كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا وبه قال أحمد وقال زفر والشافعي ومالك يتحالفان ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في أصل البيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هذه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة (لان هذا) أي الاختلاف في الاجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما في الشروح والكافي ههنا (فاشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والابراء) أي الابراء عن الثمن ولا تحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة (وهذا) أي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز أن يشار به الى الاقرب أي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء (لان بانعدامه) أي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لان العقد بلا شرط وأجل جائز فاذا اختلفا في الشرط أو في الاجل وتحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وانه لا يوجب الفساد وأما اذا اختلفا في الثمن أو المثمن وتحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا أما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف الى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي

فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة (قوله لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به) والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف

(قوله واذا اختلفا في الاجل في أصله أو في قدره) أقول الضمير في أصله وفي قدره راجع الى الاجل (قوله والقول قول البائع) أقول ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع (قوله فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل الخ) أقول فيصير الاجل كالرداءة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الاجل على ما ذكره يكون كالقدر (قوله فيما يتم به العقد) أقول يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول مبني على الفرق بين الوصف والعارض (قوله والحكم باستيفاء) أقول الظاهر في استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لان بانعدامه الخ) أقول الضمير في قوله بانعدامه راجع الى بعض الثمن

لبقاء مايحصل ثمنا ولو اختلفا فى استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى واذا
اختلفا فى مضى الاجل فالقول للمشترى لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فان

هلك المبيع فى يد المشترى أوخرج عن ملكه أوصار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى وقال محمد والشافعى يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة أما الدليل النقلى فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه مافى الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب فتحكيم قيمة السلعة فى الحال متأت ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه أولى وأما العقلى فماذكره فى الكتاب أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما فى حال قيام السلعة فان قيل هذا قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك أجاب

بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعى رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه أوصار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره

بالعقد بالفعل وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا فى النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان (بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف فى القدر) أى فى قدر الثمن (فى جريان التحالف لان ذلك) (أى الاختلاف فى وصف الثمن (يرجع الى نفس الثمن) أى الى الاختلاف فى نفس الثمن (فان الثمن دين وهو) أى الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا فى الوصف وهو معرف صار اختلافهما فى المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الاجل) أى ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف فى قدر الثمن (لانه) أى الاجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أى بعد مضى الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا فى الكافى قال فى معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما) أى الخيار والاجل (يثبتان بعارض الشرط) أى بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم فى استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء مايحصل ثمنا كذا فى العناية (قال) أى القدورى فى مختصره (فان هلك المبيع ثم اختلفا) أى فان هلك المبيع بعد قبض المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى) أى مع يمينه (وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعى وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا خرج المبيع عن ملكه) أى ملك المشترى (أوصار) أى المبيع (بحال لا يقدر) أى المشترى (على رده بالعيب) بحدوث عيب فى يده (لهما) أى لمحمد والشافعى رحمهما الله (ان كل واحد منهما) أى من البائع والمشترى (يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فان البيع بالف غير البيع بالفين ألا يرى أن شاهدى البيع اذا

باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو الثمن * وقال زفر والشافعى رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا فى الاجل لان هذا فى معنى الاختلاف فى مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال فكان ذلك اختلافا فى وصف الثمن * قلنا الاجل ليس بوصف للثمن ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه يعنى الثمن موجود بعد مضى الاجل كما استحقه البائع من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بفوات وصفه * تحقيقه أن الثمن حق البائع والاجل حق المشترى ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لاصله فى الاستحقاق (قوله أوصار بحال لا يقدر على رده بالعيب) وبان زاد زيادة متصلة أو منفصلة

قوله لبقاء مايحصل ثمنا الخ) أقول فيه شئ يجوز دفعه بارجاع ضمير انعدامه الى الاستيفاء (قوله ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول يعنى ثم اختلفا فى قدر الثمن وانه

اختلفا فى مقدار الثمن لا تقبل الشهادة (وانه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة و ربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشفى العليل فقال صاحب النهاية أى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة فى التحالف فأجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهى دفع المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف المشترى حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشترى فان المشترى اذا نكل يجب الثمن الذى ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشترى ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر الحال أقول فيه بحث أما أولا فلانه لما فسر الدفع الواقع فى كلام المصنف بالاعطاء على البائع أن يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال أى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد هى اعطاء المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى اتجه عليه السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه أصلا لانه ان أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التى حمل عليه مراد المصنف ههنا بتحليف المشترى فليس بصحيح اذ لا شك أنه اذا حلف المشترى وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التى يدعيها البائع وان أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشترى فلا يفيد شيأ فى دفع السؤال لان مورده ما جعل عليه مراد المصنف ههنا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله فى الجواب والبائع اذا نكل الخ أنه اذا نكل بعد نكول المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشترى يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان أراد به أنه اذا نكل بعد حلف المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن فى هذه الصورة يندفع عن المشترى ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الامر الثانى وهو اندفاع الزيادة عن المشترى يحصل بتحليف المشترى ان حلف كما أن الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشترى يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذى ذكره وهو أحد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشترى وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعنى ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى أقول فيه أيضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع فى كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه أن نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشترى لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشترى قد حصلت هذه الفائدة أعنى دفع زيادة الثمن عن المشترى فما الفائدة فى تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لانه جعل الدفع الواقع فى كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشترى وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشترى لان الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشترى انما هو نكول البائع وأما نكول المشترى فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذا يؤل قوله يعنى أن

(قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن) يعنى دفع زيادة الثمن عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف بقوله (فانه) يعنى التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا

(قوله يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة ويندفع الزيادة المدعاة (قوله بالنكول) أقول أى بنكول المشترى وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن (قوله اذا حلف البائع) أقول يعنى بعد حلف المشترى

كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الدليل النقلى والعقلى يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع أما الأول فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشترى خاصة لانه المنكر

فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة

التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول الى ماذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد على ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشترى اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشترى بان يقضى بما ادعاه المشترى وهو أقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بها تين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ماذكر فان قيل يجوز أن تكون كلمة حلف فى قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبنى للمفعول من التفعيل وأن يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة أى بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال فى تفسير قوله بالنكول أى بنكول المشترى وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن وقال فى تفسير قوله واذا حلف البائع يعنى بعد حلف المشترى وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا ولما اذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى أقول جملة ماذكره ليست بشئ أما فى تفسير قوله بالنكول بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة أى الثابتة فى الواقع بنكول المشترى فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى يجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشترى أصلا على ما مر غير مرة وأما قوله يعنى بعد حلف المشترى فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل الخ عليه وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى ان دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان دعوى المشترى لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء أو معنى المنع وانما الذى يفيد دفعها بينة المشترى أو حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على أن الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشترى ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ماذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بان ادعى أحدهما العقد

مفيد ألا ترى انهما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى أحدهما الدراهم

فى هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى على أنه اما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط وأما الثانى فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أى فى حال القيام يفضى الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها ألا ترى أنه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس فى معناه فبطل الالحاق بالدلالة أيضا

(قوله ولابى حنيفة وأبى يوسف الى قوله بالتفريق بينهما) أقول أنت خبير بان الفاصل بينهما هو القياس على ماذكره لا الدليل النقلى (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام والسلعة قائمة) أقول فيه تأمل فان الفصل لا يفهم الا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية فلا يلزم من الحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول الظاهر أنه لا يعود الى كل منهما رأس ماله

ولابى

ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشترى رد القيمة (ولابي حنيفة وأبي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به) أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة أجاب بقوله (والتحالف فيه) أي في حال قيام السلعة (يفضي الى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أي بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أي بالهلاك ألا يرى أنه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذا فسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن في معناه) أي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق أيضا (ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعي ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو أو البائع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي وقال صاحب العناية في تقرير قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ثم قال ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى

والآخر الدنانير ويلزم المشترى رد القيمة (قوله قد ورد الشرع به في حال قيام السلعة) وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولا يلزم اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويترادان لان الامر بالتراد دليل قيام السلعة اذ هو تفاعل من الرد فيستدعي الرد من الجانبين ولا ذلك الا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا القيمة لانه لا يتصور ذلك مع أن المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد (قوله فلم يكن في معناه) لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذا الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب) جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو أو البائع وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشترى

(قوله ولانه لا يبالي) جواب عن قولهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو

(قوله أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول قال العلامة الزيلعي في باب المرابحة ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف

تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بلا كمولیس یدعی علی البائع شيئا ینکره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فی كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله (وانما يراعى) جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وماذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ماهو من موجباته وهو ماذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس التحالف من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أى هذا الاختلاف (اذا كان الثمن دينا) ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا

(وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى أقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه اياه وأما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى أقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل أن يقول الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما فاى شئ اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع (اذا كان الثمن دينا) أى ثابتا

ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغى أن لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشترى حتى لو كان جارية حل للمشترى وطؤها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به (قوله انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من

بالاختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا ترى أن الوكيل بالبيع بالف يبيعه بالفين وان المبيع بالف يصير بالفين بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى وفيه تامل فان الوكيل بالبيع بالف يجوز له البيع بالفين دلالة كما سبق تفصيله ولا يلزم منه اتحاد البيعين (قال المصنف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) أقول فيه تامل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول فيه بحث لانه ان أراد أن المراعى من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر وان أراد أن المراعى من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل في فائدة التحالف فليتامل وجوابه أنا نختار الاول وعدم استقامة ذلك ممنوع (قوله فانه من موجبات النكول) أقول لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشترى فان

لكن فيه تامل فان الظاهر أنه موجب حلف المشترى وكيف يكون من موجبات النكول فانه اذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة وجوابه أنه مبنى على التنزل وارخاء العنان للخصم لكنه قال في تقرير كلام محمد والشافعى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول فيه بحث (قوله فلا يترك به ماهو من موجباته الخ) أقول فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب عقده به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول بل من موجباته فانه تبين بالتحالف فساده على ما مر في الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس

فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شئ له) وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى (والقول قول المشترى فى قيمة الهالك

فى الذمة بان كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فان كان عينا) أى فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لان المبيع فى أحد الجانبين قائم) فان كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة مبيع وثمن ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل) هذا اذا اختلفا فى قدر البدل وان اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا ان ادعى المشترى انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشترى كذا فى الكفاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وان هلك أحد العبدين) أى بعد قبضهما كذا فى الشروح (ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعنى اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى) أى فيهما كذا فى كثير من الشروح (مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شئ له من قيمة الهالك) وانما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى) قال صاحب العناية وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بالصحيح على ما سيأتى انتهى أقول يعنى أن قوله ههنا يتحالفان فى الحى ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبى يوسف على ما سيأتى وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معا لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتى من التفسير الصحيح فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحى حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤل المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان فى الحى فيجوز أن تكون كلمة فى بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لاجل الحى كما فى قوله تعالى فذلكن الذى لمتننى فيه وكما فى الحديث ان امرأة دخلت النار فى هرة حبستها على ما نص عليه فى مغنى اللبيب ولا يخفى أن كون تحالفهما لاجل الحى أى كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد فى الحى لا ينافى أن يتحالفا على الحى والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتى بيانه (والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبى يوسف

موجباته (قوله فان كان عينا يتحالفان) يعنى اذا اختلفا فى قدره ويترادان على البدل القائم وان اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا ان ادعى المشترى أنه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشترى (قوله وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله) يريد به اذا هلك أحدهما بعد القبض * وفى الجامع الصغير للتمرتاشى فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالف فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الانكار من الجانبين (قوله وفى الجامع الصغير القول قول المشترى) أى فيهما مع يمينه * وانما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى عدم

(فاما اذا كان عينا) بان كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فانهما (يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن) قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ) واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له) واختلاف هاتين الروايتين فى اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ فى توجيه قوله أن يترك حصة الهالك وقوله أن يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول أن يخرج الهالك من العقد وكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشترى مع يمينه

الأأن يرضى البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ احترازا على ما أقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثانى لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيأ مما أقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بصحيح على ما سيأتى (٢٠٤) (وقال محمد يتحالفان عليهما) ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول فى المقسم عليه فلا يجوز (ولابى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس فى معناه من كل وجه لان التحالف فى القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فتؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين فى المتن لاثبات المدعى بنفى القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا

وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولابى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشترى انما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى كما سيجىء تفصيله لا فى قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتى حيث قال فان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافى وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسد العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد يتحالفان عليهما) أى على الحى والهالك (ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية والجواب أن هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول فى المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك) أى لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) أى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فى حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سيأتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف لقيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى فان قلت ما الفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا أقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع فى العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى وأما عقد الاجارة ففى حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما

التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هنالك لم يتحالفا

(قوله بل بطريق تصديق المشترى فى قوله) أقول الضمير فى قوله راجع الى المشترى (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول فيه أن أخذ الحى الا

يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه بحث لانه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيأ قليلا لصغره أو لكونه مريضا أو مؤفا وتكثر الرغبات فى الحى وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا فى زيادة قيمة الحى فانه لولا الصلح لا يعطيه المشترى الحى اذ القول قوله مع يمينه فتامل (قوله فى قيمة الهالك) أى فى حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول أنت خبير بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه والظاهر أن التعليل الاول لابى حنيفة للجواب عن محمد والثانى للجواب عن أبى يوسف لا كما فهمه الشارح

الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى

يقيم من العمل فيتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط أقول لقائل أن يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول وأما بالنظر الى الدليل الثاني فلا لان عقد الاجارة وان كان في حكم عقود متفرقة الا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضا (الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أي بالكلية (لانه حينئذ) أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أي اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) أي توجيه قوله الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أي قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا) أقول كان الظاهر في التحرير من حيث العربية والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين أو أن يقال ان قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة والقول قول المشترى مع يمينه الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ زائدا على ما أقر به المشترى فحينئذ لا يمين على المشترى (لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى) قال صاحب العناية وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى وقال بعض الفضلاء فيه ان أخذ الحي يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذي لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى أقول هذا ليس بشئ لانه ان أراد بقوله ان أخذ الحي يكون معلقا بمشيئتهما البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شئ له ولم يعلق فيه أخذ الحي الا بمشيئة البائع وان أراد به أنه يكون في الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده أن أخذ الحي لو كان بطريق الصلح لكان معلقا في الكتاب بمشيئتهما كما

(قوله ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك أصلا) أي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الا على القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا أي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شئ له أي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا * وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى ولا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى عين المشترى لا الى التحالف * وقال الامام الكيسانى رحمه الله يأخذ البائع في حصة الهالك من المشترى ما يقر به المشترى فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشترى اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحي و رضي به

اذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيما التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدين و بيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي وأما الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا) أقول يعني كصاحبيه ثم الضمير في قوله فيه راجع الى استيفاء بعض المنفعة (قوله لا يتعذر الباقي) أقول فيه تامل فان حصة الباقي يعلم بالحزر والظن وذلك مجهل في المقسم عليه

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شئ فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

يكون في الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه الا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في المبيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (واذا حلفا ولم يتفقا على شئ) كان الاحسن في التحرير أن يقول واذا لم يتفقا على شئ وحلفا بتقديم لم يتفقا على شئ على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما ريفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف) قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل أقول فيه شئ وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا فكان الذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضا مساغ وعن هذا ان الامام الزيلعي ان ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال وعند أبي حنيفة أن البائع اذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى أقول هذا أقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه أيضا شئ لا يخفى فالاولى أن يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب (فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم) فان قلت أسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما

المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري * وقال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى عين المشتري ومعناه أن البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر * وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين الا أن يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري (قوله والصحيح أن يحلف المشتري) بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم

والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط التحالف (فاذا لم يتفقا وحلفا فادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

(قوله والثاني ينفي الالحاق بالدلالة الخ) أقول هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله ان أحد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى ينفي القياس الخ

(قوله وهذا ليس بصحيح الى قوله وكان صادقا) أقول لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بالف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة ولا

وتسقط

وتسـقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى يقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهـما يوم القبض فان اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشترى ثلث ما أقر به من الثمن (وان اختلفا) فى ذلك فقال المشـترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشـترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات وقال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهـما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ماهو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته

وتسـقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع

سبق الى القاضى حيث قال وان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضى بينهما ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه أن الشراح قالوا فى شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما ان طلبا أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى أن الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ماذكره هنا يفسخان العقد ان أرادا لفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيما اذا لم يفسخا بانفسـهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى وسيأتى التصريح من الشراح فى مسـئلة التحالف بالاقالة بتساوى فسخ القاضى فسخهما بانفسهما (وتسقط حصـته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشـترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهـما يوم القبض فان اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى قدرها حصـة من الثمن الذى أقر به ويسـقط عنه الباقى من ذلك الثمن (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسـمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لانهـما اتفقا على وجوب الثمن الذى أقر به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض

يقسم الثمن على قيمة العبدين فما يخص الحى ألف مثـلا على زعم البائع وخمسمائة على زعم المشترى يحلف المشترى بالله ما اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشترى واذا حلفا يفسخ العقد فى الحى ثم يحلف المشترى على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما أقر به دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفى درهم يصدق فى يمينه انه ما اشترى أحدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول (قوله وتعتبر قيمتهما فى الانقسام

ردما يقال لـكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا فان ما يخص كل واحـد منهما لا يعرف الا بالحـدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين (قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول فى باب الزيادات فى البيـع من كتاب البيوع (قوله وهو التحالف) أقول قوله هو راجع الى ما فى قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما فى الحى) أقول أى أما كون التحالف موجبا للفسخ فى الحى (قوله لمكان الهلاك) أقول الذى هو مانع (قوله ماهو من لوازم الفسخ) أقول أى من روادفه وتوابعه وليس المراد اللازم الميزانى ثم أقول قال محمد فباى ذلك وجد عيبا رده بحصته من الثمن فالعيب ان كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وان لم يكن مما يوجبه يحتاج الى الفرق بين ما فى الزيادات والمسـئلة المنقولة من بيوع الاصل اذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به فى النهاية

دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ فى الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا فى النهاية وأكثر الشروح أقول فى التوجيه الذى ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فى حق الميت على قول أبى يوسف ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجرى عنده فى الحى دون الميت وتعذر الفسخ فى الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على الهالك أيضا أجاز الفسخ فى الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف فى الهالك على قول أبى يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضى اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل ما فى تلك الشروح وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى أقول وفيه أيضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضى انفساخ العقد فى الهالك بانفساخه فى القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فانه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وأما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضى ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها اذ هى تتم بالقبض وهو جائز ألا يرى الى ما مر فى باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد فى المعيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة

يوم القبض) وذكر فى النهاية فان قيل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغى أن تعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل أوردته على كل نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمة يوم العقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ فى الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم

(وايهما)

يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم

(وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ماذكر فى بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن مارده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا فى قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهذا الفقه وهو أن فى الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على مامر

فيما اذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين فى صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعى زيادة فى قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذى وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف فى قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف فى قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ماوقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغينانى وقاضيخان (وهو) أى ماذكر من قول أبى يوسف وتفريعاته (قياس ماذكر فى بيوع الاصل) أى المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن مارده وينقسم الثمن على قيمتهما) أى يوم القبض كذا فى النهاية (فان اختلفا فى قيمة الهالك) أى فى مسئلة الاصل (فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان أقاما البينة) أى فى مسئلة الاصل (فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال المصنف (وهذا الفقه) أى اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهى (وهو أن فى الايمان تعتبر الحقيقة) أى حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المصنف عليه بقوله (لانها) أى الايمان (تتوجه على أحد العاقدين) أى لا على الوكيل والنائب (وهما) أى المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لان العقد فعل أنفسهما والانسان أعرف بحال نفسه (فبنى الامر عليها) أى على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لانه ينكر سقوط الزيادة (وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما فيجوز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ماظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا) أى كما اعتبر يمينه (وتترجح) أى تترجح بينته على بينة المشترى (بالزيادة الظاهرة على مامر)

القبض على تقرير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض فى بعض الفوائد ثم فى الكتاب اعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن أو بثمن مجهول والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة (قوله وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباته الزيادة فى قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعى زيادة فى قيمة القائم فوجب ان يقبل

الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة فى قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان فى قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه فى أن القول ههنا قول البائع والبينة أيضا بينته مع أن المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثانى فعليه اليمين اذا أنكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبنى على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ماظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك واذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه وأن تقبل بينته لانه مدع فى الظاهر واذا أقاما البينة تترجح بالزيادة الظاهرة على مامر وفى كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة فى الايمان بقوله لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعى فان توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر

(قوله فبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام الخ) أقول لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن فلو حلف يلزم الاقدام على اليمين بجهالة (قوله لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه) أقول فيه شئ

وهـــذا يبين لك معـــنى ماذكرنا من قول أبي يوسف قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهـــما يتحالفان ويعود البيع الاول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيـــع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانمـــا أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الاجارة على البيـــع قبـــل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيمـــا اذا استهلكه في يد البائع غير المشـــترى

وهو قوله لانها أكثر اثباتا ظاهرا (وهذا) أي ماذكر في بيوع الاصل (يبين لك معنى ماذكرناه في قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيـــع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثـــمن) فقال المشتري كان الثمن ألفا فعليك أن ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فانهـــما يتحالفان ويعود البيـــع الاول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيـــع كما كان قبـــل الاقالة معناه يعود البيـــع الاول اذا فسخ القاضي أو فسخا بانفســـهما الاقالة لان الاقالة كالبيـــع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقـــلا عن صـــدر الاسلام ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم تتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أي في التقايل (بالنص لانه ورد في البيـــع المطلق) أي في البيـــع من كل وجـــه (والاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقـــدين انما يتمشى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف فان الاقالة عنـــده بيـــع في حق المتعاقـــدين أيضا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السؤال انمـــا يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف كما لا يخفى فبني الجواب أيضا على أصلهما دون أصله فتدبر (وانمـــا أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضـــة قبل القبض) أي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة (والقياس يوافقه عـــلى مامر) أي في أول الباب (ولهذا نقيس الاجارة على البيـــع قبل القبض) توضيح لقوله وانمـــا أثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة يجري التحالف بينهما (والوارث عـــلى العاقد) أي ونقيس الوارث على العاقد يعني اذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبـــل القبض يجري التحالف بينهـــما (والقيمة على العين) أي ونقيس القيمة على العين (فيمـــا اذا استهلكه في يد البائع غير المشـــترى) يعني

بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختـــلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت أحق بالاعتبار والفقه فيه أن في البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون الا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهرا فلهذا تقبـــل بينته ثم صارت بينته أولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشـــتري وفي الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحـــد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع يمينه (**قوله** وهذا يبين لك معنى ماذكرناه من قول أبي يوسف رحمه الله) أي هذا هو الفقه في أن جعل أبو يوسف رحمه الله القول قول البائع في قيمة الهالك والبينة بينته أيضا فيمـــا اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده (**قوله** لانه ورد في البيـــع المطلق) أي في البيـــع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيـــع جـــديد في حق التحالف فلا يكون النص الوارد في البيـــع المطلق واردا فيـــه وانمـــا أثبتناه بالقياس لان المســـئلة مفروضة قبل القبض أي قبل قبض البائع المبيـــع بعد الاقالة (**قوله** ولهذا نقيس الاجارة) ايضاح

في الايمان هو الحقيقـــة ويمكن أن يجاب عنـــه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين (قوله وهذا) أي ماذكر في الاصـــل (يبين معنى ماذكرناه) من قول أبي يوســـف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال (ومن اشترى جارية الخ) ومن اشـــترى جارية ونقد ثمنها وقبضـــها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيـــع بعـــد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهـــما يتحالفان ويعود البيـــع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشـــتري في المبيـــع كما كان قبـــل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخها القاضي لانها كالبيـــع لا تنفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتنـــاول الاقالة فما وجـــه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحـــن ما أثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيـــع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقـــدين) فلا تدخل تحته (وانمـــا أثبتناه بالقياس لان ما نحن فيـــه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه عـــلى مامر ولهـــذا نقيس الاجارة) اذا اختلف الآجر والمســـتأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة (على البيـــع قبل القبض والوارث على العاقد) اذا اختلفا في الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيمـــا اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)

قال

يعني اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص اذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال (ومن

أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة فى باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة فى البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشترى بعد عوده الى البائع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعنى قضى القاضى بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعى عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر وأما هو فلا يدعى على رب السلم شيأ لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات فى اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فالفرق لمحمد فى اجراء التحالف فى صورة هلاك السلعة دون

قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن

اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفى غاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف أو الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) يعنى أن محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى أقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن أن يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر أحكام البيع المطلق أيضا مع أن احكام البيع المطلق جارية بأسرها فى الاقالة عنده على ما تقرر فى بابها ثم أقول فى دفع سؤاله ان أصل أبى يوسف فى الاقالة هو أنها بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن) أى فى رأس المال فقال المسلم اليه كان رأس المال خمسة

لقوله وانما أثبتناه بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشترى استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة أخرى وهى فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى قيل هكذا كانت على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف رحمه الله وفى المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهى قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض يتناولها القبض المستحق بالعقد كانت فى حكم المعقود عليه (قوله لانه يرى النص معلولا بعد القبض) أى قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا معلول بوجود

قال المصنف (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة الخ) أقول فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول هو العقد كما مر (قوله لان فائدة التحالف الفسخ) أقول لقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا ولكن بقى ههنا بحث لانه ان أراد كليا فممنوع والسند التحالف اذا اختلفا فى المهر وان أراد جزئيا فمسلم ولا يفيده وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف فى المهر فافهم (قوله لا ترتفع الاقالة) أقول ينبغى أن يرفع من هنا

فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فايهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)

وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم اليه) أى مع يمينه لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أى لا يتحالفان ولا يعود السلم (لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض) أى الفسخ يعنى أن المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والاقالة فى باب السلم لا تحتمله (لانه) أى الاقالة فى باب السلم ذكر الضمير بتاويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع) فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشترى بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونور هذا بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب) أى فقضى القاضى بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أى فى يد المسلم اليه (قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل) أى دل هذا الذى ذكر (على الفرق بينهما) أى بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم و بين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان فى اقالة السلم اذا اختلفا فى مقدار رأس المال وان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بالف وقالت تزوجنى بالفين فايهما أقام البينة تقبل بينته) قال المصنف فى تعليله (لانه نور دعواه بالحجة) قال الشراح أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها انتهى (فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدورى قال

الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالفين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين أن يكون المبيع فى يد البائع ثم وقع الاختلاف أو فى يد المشترى ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة (قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم) لان المعقود عليه فى السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة فى السلم لا يتصور لاستحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخت الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود رأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة فى البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيدا الحكمة وهو الفسخ ألا ترى ان رأس المال لو كان عرضا بان أسلم ثوبا فى كر حنطة ورده بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد المبيع بالتراضى أو حكم القاضى يعنى اختار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا ورده بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك فى يده عاد البيع وفى الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو أن الاقالة فى باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما فى بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والثمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا فى مقدار الثمن لا يتحالفان و يكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة فى هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته فى العقود دون الفسوخ والاقالة فى بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت

لانها

اقالة السلم وأجيب بأن الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر الخ) اذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بالفين فايهما أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها كما ذكرنا وان أقاما) فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا فان كان الاول (فالبينة للمرأة

(قوله وأجيب بان الاقالة فى السلم الخ) أقول فيه أن محمدا يرى النص معلولا وذلك التعليل جار هنا فان كلا منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وسيجىء جوابه فى درس الاختلاف فى الاجارة

لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية

المصنف في تعليله (لانها) أي لان بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال في توجيهه (معناه اذا كان مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى أقول في تحريره خلل حيث حكم في الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فيتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل صرح به صاحب العناية أيضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب وأما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو في قوله وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد أحسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى انتهى (وان لم يكن لهما بينة) أي عجزا عن اقامة البينة (تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه) أي في النكاح فلا حاجة الى الفسخ (بخلاف البيع لان عدم التسمية

بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم أمكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان أيضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فاما في حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخا ألا ترى أن هذا القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض فسخا فيما بينهما حتى أن البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل أنهما لو تركاه وإذا كان فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ ألا ترى أن الفسخ لو حصل بخيار الرؤية أو بخيار الشرط أو بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قيل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لاتمامه والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق الثالث ولا تعتبر فسخا كما في الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا في حق الثالث لانتفاء الرضا وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء (قوله معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته)

لانها تثبت الزيادة) وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وان عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح

(قال المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول قال أكمل الدين وان لم يكن أقل فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى قال الامام التمرتاشي وقيل بينتها أولى لانها تثبت الزيادة انتهى ولا يخفى عليك أن اطلاق القدوري يلائم هذا القول فقول المصنف ومعناه محل كلام

يفســده على مامر فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثــل مااعترف به الزوج أو أقل قضى بماقال الزوج) لان الظاهر شاهد له (وان كان مثل ماادعته المرأة أو أكثر قضى بماادعته المرأة وان كان مهر المثــل أكثر ممااعترف به الزوج وأقل ممــاادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لانهما لماتحالفا لم تثبت الزيادة

يفسده) لبقائه بيعا بلاثمن وهو فاسد (على مامر) أى فى كتاب البيوع بل فى هذا الباب أيضا حيث قال أو يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أى البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انماورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح اونقول ان التحالف انماشرع فى عقــد يحتمل الفسخ لماان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت أما الاول وهو ورود النص فى البيع فقلنا ان المعــنى الموجب للتحالف هنالك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح أيضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هنالك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فى الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قوبلت بينتهما ويمينهما لان كل واحد منهما ينكر مايدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صــلى الله عليه وســلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر وأما الثانى وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا وجوابه مذكور فى الكتاب وايضاح ذلك هو ان التحالف انما أوجب الفسخ فى التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا فى البيع يفسد البيع والفاســد يفسخ وأما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هــذا أشار فى الفوائد الظهــيرية انتهى وقــد اقتفى أثره فى هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول فى كل واحد من الجوابين بحث أما فى الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عــدم امكان ترجيح أحدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة بضعها الى الزوج وأما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعى على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقى دعوى المرأة فى زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ماتقرر فى الاختلاف فى البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هى عامة لما قبل القبض ومابعده بل كانت مصورة فى بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقى السؤال فى هــذه الصورة الا على قول محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كامر وأما فى الثانى فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ فى النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه مايشعر بالنزاع أو التردد فى عدم ثبوت الفسخ فى النكاح بل حاصله أن التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ فى النكاح ينبغى أن لا يجرى فيه التحالف أيضا ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا فى الاقالة فى السلم لعدم احتمال الاقالة فى باب السلم الفسخ كامر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان) أى مهر المثل (مثل مااعترف به الزوج أو أقل) أى مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لان الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهد له) أما فى صورة كون مهر المثل مثل مااعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل وأما فى صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب الى مهر المثل من قولها (وان كان) أى مهر المثل (مثل ماادعته المرأة أو أكثر) أى مما ادعتــه المرأة (قضى بما ادعت المرأة) لان الظاهر شاهــد لها حينئــذ لمثل مابيناه آنفا (وان كان مهر المثــل أكثر ممااعــترف به الزوج وأقل ممــاادعته المرأة قضى لها بمثل المهر لانهما لماتحالفا لم تثبت الزيادة

أما اذا كان مهر مثلها ماادعته أو أكثر مما ادعته فبينة الزوج أولى لان بينة الزوج تثبت الحطو بينــة المرأة لاتثبت شيأ لان ماادعته ثابت بشهادة مهر المثل (قوله ولكن يحكم مهر المثل) اســتدراك عن قوله ولا يفسخ

(فينفسخ) البيع فان قيل التحالف مشروع فى البيع والنكاح ليس فى معناه سلمناه ولكن فائدته فسخ العقــد والنكاح ههنا لا يفسخ أجيب بان موجبه فى البيع كون كل واحد من المتعاقدين مــدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لماذكر فى الكتاب وتوضيحــه أن الفسخ فى البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا أصليا يصار اليــه عنــد انعدام التسميــة هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخاص ومخلص غير معلوم (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان مثل مااعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهــد له وان كان مثل ماادعتــه المرأة أو أكثر قضى بما قالت كذلك وان كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثــل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة

على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب النكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها) انما هو (بالتحالف فلهذا يقدم) التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهي خمسة وجوه وأما في قول الرازي فلا تحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) فان أول التسليمين عليه (كما في المشترى وتخريج الرازي بخلافه) وهو التحكيم أولا ثم التحليف (كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن

على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشترى وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف

على مهر المثل) أي بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أي بسبب حلف المرأة (قال) أي المصنف (ذكر) أي القدوري (التحالف أولا ثم التحكيم وهذا) أي ما ذكره القدوري (قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أي وسقوط اعتبار التسمية انما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان أكثر مما اعترف الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشترى) أي كما يبدأ بيمين المشترى على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازي بخلافه) أي تخريج أبي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المصنف (وقد استقصيناه) أي تخريج الرازي (في النكاح) أي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف)

النكاح (قوله ولهذا تقدم ان التحالف في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان مهر المثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي رحمه الله لانهما اتفقا على أصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في أصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول أبي الحسن الكرخي رحمه الله (قوله تعجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه (قوله وتخريج الرازي بخلافه) فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما بان يكون أكثر مما أقر به الزوج وأقل مما ادعته المرأة وأما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج أو أقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله المرأة أو أكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه أحدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهدا له قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما (قوله وذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله) فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان

(قال المصنف وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتامل وجوابه أن المراد أخذنا باقراره (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل الخ) أقول فيه شئ ظاهر بل الفارق ان الواجب الاصلى

فلانعيده (ولوادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الاأن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا)

وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج الاأن يأتي بشيء قليل وفي رواية الاأن ياتي بشيء مستنكر وتكلموا في تفسيره على مامر بيانه في كتاب النكاح (فلانعيده) أي لانعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا أي قول الرازي هو الاصح لأن تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما تنعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية أقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ماقاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وأنا أقول ان قوله ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لامجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ماقالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الاأن يكون مراده لا كلام في المراد لافي الارادة فتامل ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول مابالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لامحظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى وأقول في جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال أنهما ان كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ماذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية (ولوادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم كذا في العناية (الاأن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) أي للمرأة (قيمتها) أي قيمة الجارية (دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد) أي التراضي (فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري في مختصره

المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر فكان القول قول المنكر كما في سائر الدعاوي وانما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره فكان القول قول الزوج مع يمينه الا أن ياتي بشيء قليل يسير مستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن أبي يوسف على مامر في النكاح

القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الاأن ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر (فلا نعيده ولوادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم الاأن قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال (وان اختلفا في الاجارة الخ) اذا اختلفا في الاجارة في البدل أي الاجرة أو المبدل فاما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه

في باب النكاح هو مهر المثل بخلاف البيع فان الاصل فيه هو الثمن المسمى (قوله في باب المهر) أقول متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف

فن أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان أقاماها فان كان الاختلاف فى الاجرة فبينة المؤجر أولى لانها تثبت الزيادة وان كان فى المنفعة فبينة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا فى الاول لان التحالف فى

البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع فى كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف فى الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستاجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف فى المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا فى الثانى والقول قول المستاجر

معناه اختلفا فى البدل أو فى المبدل لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف فى الاجرة يبدأ بيمين المستاجر) لانه منكر لوجوب الاجرة

قال المصنف (معناه اختلفا فى البدل) أى الاجرة (أو فى المبدل) أى المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما فى الاجل فانه لا يجرى التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله فى البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافى ليتناول الصور الثلاثة الا أن يتكلف كانه أراد بقوله فى البدل أو المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لا منع الجمع فيتناولهما أيضا فتدبر (لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على مامر) أى فى أول هذا الباب (والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لان وضع مسئلتنا فى الاختلاف فى الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف فى الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف فى البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف ههنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف قلنا فى معدوم يجرى التحالف كما فى السلم وان العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين (فان وقع الاختلاف فى الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة) أى لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستاجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد اقتفى أثره الشارح العينى أقول فى الجواب بحث من وجوه الاول أن المؤجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بعد ادعائه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمها اياها وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا أنه يتوقف على تعينها والا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستاجر فيلزم أن لا تكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثانى أن ماذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع دون الثمن فان المشترى هناك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه فى صورة الاختلاف فى الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقى انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف ان أراد به أنه لا انكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها فى التحالف لا فى حلف الواحد وان أراد به أن للمؤجر أيضا انكارا الا أن فى انكار المستاجر ما يقتضى البدأ بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر

(قوله معناه اختلفا فى البدل) أى فى الاجرة أو فى المبدل أى فى المعقود عليه وهو المنافع بان ادعى المؤجر أنه آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين (قوله على مامر) اشارة الى ما قال فى أول هذا الباب لان

(قوله هذا شهرا بعشرين وذاك الخ) أقول قوله هذا اشارة الى المؤجر وذاك اشارة الى المستاجر (قوله يقبل الفسخ) أقول والاجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول فهو أسبق انكارا (قوله فيبدأ به) أقول مع تعجيل فائدة النكول أيضا قوله لان تسليمه لا يتوقف الخ) أقول لكن يتوقف على تعينها فيمتنع قبله كيف ولو صح ماذكره لم يكن المؤجر فى معنى البائع اذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الاجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف

(وان وقع فى المنفعة بيدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر)

حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص فى الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهى ما اذا وقع الاختلاف فى المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص وأن لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه أن يبدأ بيمين المشترى من غير فصل بين أن يقع الاختلاف فى البدل وأن يقع فى المبدل على ما مر ثم ان التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما فى العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما استفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص فى شئ من الصورتين ولا يتم الجواب (وان وقع) أى الاختلاف (فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر) لانه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لان نكوله بذل أو اقرار على ما مر (وأيهما أقام البينة قبلت) لانه نور دعواه بالحجة (ولو أقاماها) أى البينة (فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة) لان بينته تثبت الزيادة حينئذ (وان كان) أى الاختلاف (فى المنافع فبينة المستاجر) أى فبينة المستاجر أولى لانها تثبت الزيادة حينئذ (وان كان فيهما) أى وان كان الاختلاف فى الاجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أى المؤجر (شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال كان الاحسن أن يقدم ذكر أحوال اقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة فى هذا الباب بيان أمر التحالف وباقى الاقسام استطرادى فقدم الاهم فى هذا المقام فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال اقامة البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (وان اختلفا بعد الاستيفاء) أى بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر (وهذا) أى عدم التحالف ههنا (عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهى عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له) أى للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أى فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هى الفسخ (فلا قيمة) أى للمعقود عليه (لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد) أى بل تتقوم بالعقد (وتبين أنه لا عقد) أى وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذى يقوم مقامه فامتنع التحالف (واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه) أى هو الذى استحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا فى الكافى (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قوله المستاجر) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال

البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر الى آخره (قوله وتبين انه لا عقد) فحينئذ ظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا

وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما وكذا على أصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضى وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شئ منهما بموجود فى الاجارة أما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفى الثالث

(قال المصنف لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد) أقول لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف

لان

يتحالفان وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف المبيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة توجب البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم العبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا العتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشترى يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون الحال مقابلا باليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر

لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد انما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان

المصنف في تعليله (لان العقد) أي عقد الاجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه) أي على المولى (عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا) أي المتبايعان (في الثمن ولابي حنيفة أن البدل) أي بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شئ وما ذاك الا فك الحجر (في حق اليد والتصرف للحال) اللام في للحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال (وهو) أي فك الحجر في حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وانما ينقلب) أي البدل (مقابلا بالعتق عند الاداء) أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أي قبل الاداء (لا مقابلة) أي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة أصلا ثم ينتقل انها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية (فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير) يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقد بقي أمرهما اختلافا في قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان) لان العبد لا يدعي شيأ على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل

كان كذلك كان المبيع غير قائم الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه أنفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للاجير (قوله وهو سالم للعبد) أي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال هو سالم للعبد لاتفاق المولى والمكاتب على

القياس بعد القبض كما سبق مع انه المناسب لتعليل المسئلة السابقة اذ لا يتم مذهب محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض على ما مر فليتامل

قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الخ) اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له ومايصلح للنساء كالوقاية وهى المجرة وهى ماتشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقى الخمار وكالملحفة فهى للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشى الا اذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال (ومايصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار (فهو للرجل لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ماهو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف فى آلات الاساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ماهو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى أيديهما على السواء فجعلناها بينهما

قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (ومايصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (ومايصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لانه يعارضه ظاهر أقوى منه

الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أى مع اليمين وكذا فى جانب المرأة كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشى (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لان الظاهر شاهد له) وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (ومايصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الامام التمرتاشى الا اذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا فى الشروح (ومايصلح لها كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج) لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه (والقول فى الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان فى شئ وهو فى يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف مايختص بها) أى بالنساء (لانه يعارضه) أى يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى كذا فى الكافى وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف فى آلات الاساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان

ثبوت الكتابة فلا يدعى على المولى شيأ فلا يكون المولى منكرا وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الاجارة أصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف اصلا فى ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة ببينته الا انه اذا ادعى مقدار ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة مالو كاتبه على ألف درهم على انه متى أدى خمسمائة عتق هذا لانه لا يبعد أن يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو أدى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق و بدل الكتابة عليه بحاله (قوله فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل) أى القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ومايصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلى فهو للمرأة أى القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صائغا أو يبيع ثياب النساء ومايصلح لهما كالفراش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل والعقار والمواشى والنقود فالقول للزوج فيه أيضا لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج فكان الاموال كلها فى يد الزوج (قوله لانه يعارضه ظاهر أقوى منه) وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى

(قوله سميت بذلك لانها تقى الخمار الخ) أقول يعنى انما سميت بالوقاية لانها تقى الخمار (قوله الا اذا كان الرجل صائغا الخ) أقول قال الزيلعى الا ولا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى بل يكون القول قوله مع يمينه ثم قال الزيلعى وكذا اذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجل لا يكون القول قوله فى ذلك انتهى بل يكون القول قولها مع يمينها (قوله لان المراد به ماهو بالاستعمال الخ) أقول فيه تأمل فانا لم نشاهد الاستعمال فى متاع البيت أيضا بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة ومافى يدها فى يد الزوج

ولافرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تاتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لابي حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث

المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاسا كفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى أقول فيه كلام وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم نشاهد استعماله (ولافرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة) أي لافرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لان اليد للحي دون الميت) أي لا يد للميت (وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبي حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك كذا في العناية (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل وكان من حقه أن يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال أبو يوسف يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية (والباقي) أي من المشكل (للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تاتي بالجهاز) تعليل لقوله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها (وهذا أقوى) أي هذا الظاهر وهو أن المرأة تاتي بالجهاز ظاهر قوي لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهو يده (ثم في الباقي لا معارض لظاهره) أي لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أي عند أبي يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل) أي ان كان حيا (أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد محمد يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله

(قوله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) أي من المشكل (قوله ثم في الباقي) أي فيما يصلح للرجل وفيما وراء ما يجهز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يدها لانه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان للمرأة وما في يد الزوج الى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لاخلاف فيما يصلح للرجال أنه للرجل في الطلاق ولوارثه بعد موته وكذا ما يصلح لها وأما فيما يصلح لهما الاختلاف بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه للزوج في الطلاق وبعد موت الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رحمه الله لوارث الزوج وعند أبي يوسف رحمه الله من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حياته وبعد وفاته لوارثه وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها وفي هذه المسئلة سبعة أقوال أما أقوال علمائنا

نصفين (ولافرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما) أيهما كان (لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا التفصيل (قول أبي حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تاتي بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الورث مقام المورث

وهنا الآلات في أيديهما على السواء ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لان المراد به راجع الى الاختصاص في قوله ولم يرجح بالاختصاص

وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهـذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجـل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (والحي) منهما (بعـد الممات) حرا كان أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسـلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامـة واسـتدل بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عنـد أبي حنيفـة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمـنزلة الحرلان لهـما يدا معتـبرة في الخصـومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شئ في أيديهـما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينـة استويا فيـه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصـل دون المملوك فلا تعارض بينهما

(فصـل فيمن لا يكون خصمـا) أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبـل معرفة الاعـدام فان مقبل الفصـل مشتمـل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصـد الاصلي

(وان كان أحـدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة) لان يد الحر أقوى وللحي بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهـذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لان لهما يدا معتبرة في الخصومات *(فصل فيمن لا يكون خصما)*

فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وأبو حنيفة يقول يد الباقي منهما الى المتاع أسـبق لان الوارث انما يثبت يده بعـد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحيـة الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهـما كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكا) أي سواء كان محجورا أو مأذونا له أو مكاتبا (فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر أقوى) لكون اليـد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهـذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو الرجـل لقوة يده فيـه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية (وللحي بعد الممات) أي والمتاع للحي بعد الممات حرا كان الميت أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعـد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في الشروح واختار المصنف مختار العامة واسـتدل عليه بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالا العبـد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرلان لهـما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شئ هو في أيديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب أن اليـد على متاع البيت باعتبار السكنى فيـه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا في العناية

(فصل فيمن لا يكون خصما) لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما للمناسبة

الثـلاثة فـاذكر وقال ابن أبي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذا لم تقم لواحـد منهما بينة وهو قول مالك واحد قولي الشافعي رحمه الله وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له (قوله وان كان أحدهما مملوكا) أي سواء كان محجورا أو مأذونا فالمتاع للحر في حال الحياة عند أبي حنيفة رحمه الله لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست يد ملك وللحي بعد الممات حرا كان أو عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلا معارض هكذا وقع في عامة نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الائمة رحمه الله في جامعه الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد رحمه الله والزعفراني للحر منهـما بالراء وقالا المكاتب والمأذون كالحرلان لهـما يدا معتـبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شئ هل هو في أيديهما يقضي به بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضي به للحر لانه لا يد له وفي المحجور جوابهما كجواب أبي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك والله أعلم

(فصل فيمن لا يكون خصما)

وان

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول ينبغي أن يخص بالمشكل والا ينتقض بما لا يصلح للمرأة *(فصل فيمن لا يكون خصما)* (قوله لا من حيث القصد الاصلي) أقول كما يشهد العنوان

قال (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه الخ) اذا ادعى عينا فى يد رجل أنه املكه فقال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أورهنه عندى أوغصبته منه أوآجرنيه أوأعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه و بين المدعى وقال ابن شبرمة لا تندفع وان أقامها وقال ابن أبى ليلى تنـدفع بمجرد الاقرار وقال أبو يوسف ان كان الرجـل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه أو رجل مجهول لا نعرفه أورجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففى الفصل الاول تقبل شـهادتهم وفى الثانى لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثانى عند محمد وكالاول عند أبى حنيفة وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسـة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست

يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك الغائب واثبات الملك الغائب بدون خصم متعـذر اذ ليس لاحـد ولاية ادخال شئ فى ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء عـلى اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيـه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثانى عـلى الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقـل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق مالم يحضر الغائب

وان قال المدعى عليـه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عنـدى أوغصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينـه و بين المـدعى) وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينـة لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيـه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت

المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة فى المقام لان الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة وأما ذكر الثانى فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلى (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أورهنه عندى أوغصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدورى يعنى اذا ادعى رجل عينا فى يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى قال المصنف (وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه و بين المدعى أيضا وقال فى النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندى أو ما أشبه ذلك كذا فى الذخيرة انتهى (لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليـد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هـذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة و بالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة لا تندفع) أى الخصومة وان أقام البينة على ما قال (لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعـدم الخصم عنه) أى عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعنى أن ذا اليـد أثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيآن) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت و) ثانيهـما (دفع خصومة المدعى وهو) أى المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومـة فى حقـه و بناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنـه وقد أشار اليه بقوله

(قوله أودعنيه) وكذا اذا قال أعارنى أو وكانى بحفظها أو آجرنى وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر

(قوله وقال ابن شـبرمة الى قوله وقال ابن أبى ليـلى) أقول فى القاموس الشبرمة بالضم السنورة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى قال العلامة الاتقانى ابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سـنة ثمان وأربعين ومائة كذا فى كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول يعنى الايداع والرهن والغصب والاجارة والاعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول فيه أنه لم يتبين مما ذكر رواية غير ظاهرة عن أصحابنا نعم ما ذكر عن أبى يوسف خـلاف ظاهر الرواية عنه نبـه عليه فى النهاية وغيره فكان الاليق بهذا الشارح أن ينبه أيضا (قوله و بناء الثانى على الاول ممنوع الخ) أقول فيه ما اذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أو مشتريا بالخيار ولا خيار للبائع فاقام ذو اليد البينة على أن المتولى أو المشـترى أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول فى صلاح السند للسندية كلام لا يخفى انعدام ممانعته للمقدمة الممنوعة وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتامل

وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره

(وهو كالوكيل بنقل المرأة) اى الى زوجها (واقامتها) عطف على الوكيل أى واقامة المرأة (البينة على الطلاق) يعني أن مانحن فيه نظير ما اذا وكل وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق مالم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أى فى باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن المدعى عليه ولا تقبل فى اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أى الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه للغائب بدون اقامة البينة وجه قوله أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ماذكره المصنف بقوله (لانه) أى ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو متهم فى اقراره (فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره) بالحوالة فانه لا يصدق هنالك فكذا هنا لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود فى الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار كذا فى العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله فى السؤال وهو غير معهود فى الشرع حيث قال قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى أقول هذا ليس بشئ اذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد فى الشرع كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير فى المسائل الشرعية لعالى شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد أيضا الى غير ذلك وانما مراده أن اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد فى الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة فى دعوى العقار انما يجب على المدعى لا على المدعى عليه الذى هو المقر (وقال أبو يوسف آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب) أى جواب المسئلة (كما قلناه) أى تندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) أى يكون مقصوده من ذلك

اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم فى اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة فى ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ماهو الاصل لا يثبت مافى ضمنه كالوصية بالمحاباة تثبت فى ضمن البيع فببطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن أبي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ (قوله كما بينا من قبل) أى فى باب الوكالة بالخصومة (قوله كما اذا ادعى تحويل الدين) أى الحوالة فصار كما اذا أقام البينة انه

كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك الغائب انما مقصوده اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن أبي ليلى أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم فى اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود فى الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبلها وأما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وأما الفصل الثانى فله وجهان أحدهما احتمال أن يكون المودع

(قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه الى قوله ولا معتبر به) أقول فقوله اثبات الملك الغائب بدون خصم متعذر الخ ان أريد اثبات الملك له قصدا فمسلم ولا يضرنا وان أريد اثباته ضمنا فلا نسلمه ثم المراد من الضمنى خلاف القصدى والمراد بذلك فى قوله فيكون ذلك ضمنيا الخ اثبات الملك الغائب فمحصل المعنى فيكون اثبات الملك للغائب ضمنيا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود فى الشرع) أقول قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد فاذا

فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد الوجه الثاني وعند أبي حنيفة تندفع لانه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره

الاضرار بالمدعي لتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضي به) أي بالاحتيال (لا يقبله) أي لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه أبو يوسف استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم أن هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما لظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أي أصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر أن مرادهم بالاجماع ههنا اجماع أئمتنا الثلاثة أو اجماع ما عدا ابن أبي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسألة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفوه (ولانه) أي ذا اليد (ما أحاله) أي ما أحال المدعي (الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت) أي الخصومة (لتضرر به المدعي) أقول في تعليله الثاني قصور أما من حيث اللفظ فلانه أضمر فيه المدعي أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه ما العكس واما الاضمار في المقامين وأما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسألة الاجماعية مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هنالك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسألة في التبيين لانهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان يقول المصنف أيضا لانهم ما أحالوه بدل قوله لانه ما أحاله لان المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما أحاله راجعين الى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أي الشهود (نعرفه) أي الرجل الذي أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) أي جواب المسألة (عند محمد للوجه الثاني) وهو قوله ولانه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لانه) أي المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره)

أحال بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة (قوله وقال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أي لا نعرفه أصلا لا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا

هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني أنه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما أحاله الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه العلم يقين حينئذ ان المودع غير المدعى عليه فاذا الشهادة تفيد أن يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت

(قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه (حيث نسي خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كان العين قائما فى يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب

خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة قال (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى غصبت هذا العين مني أو سرقته مني وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما و بين أن يكون لغيره فلا يكون خصما و باقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعى سرق مني وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

ويصح

حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد

أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) لحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعى (بخلاف الفصل الاول) وهو ما اذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أى لم تكن يد المدعى عليه فى الفصل الثانى (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أى لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة والحديث المار يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة أقوال كما أشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة وقول ابن أبى ليلى وقول أبى يوسف وقول محمد وقول أبى حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهى الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكروه أيضا (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى يعنى ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشئ من الغائب فهو خصم للمدعى (لانه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وان قال المدعى غصبته مني) أى غصبت هذا الشئ مني (أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه) أى لان ذا اليد (انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذى اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لانه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما و بين

نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان لخمسة من العلماء فيها قولا كما ذكرنا وهى خمس مسائل وهى ما اذا قال هذا الشئ لفلان الغائب عندى وديعة أو عارية أو اجارة أو رهنا أو غصبا (قوله لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) وهو الغصب لا بيده ألا ترى أن دعوى الغصب كما يصح على ذى اليد يصح على غير ذى اليد حتى أن من ادعى على آخر أنه غصب عبده وليس فى يده عبد صحت دعوته و يلزمه القيمة (قوله

(قال المصنف أو أضر به شهوده) أقول أى شهود المدعى فالاضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره) أقول الضمير فى قوله غيره راجع الى الملك (قوله ولهذا صحت الدعوى) أقول أى دعوى الفعل

لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذي في يده الا أنه لم يعينه درأ للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه

وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء

ويصح دعوى الفعل (وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذي في يده الا أنه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت

أن يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل) أي يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد (وان قال المدعي سرق مني) أي ان قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) أي على أن فلانا أودعه اياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع) أي الخصومة وهو القياس (لانه) أي المدعي (لم يدع الفعل عليه) أي على ذي اليد (فصار كما اذا قال) أي المدعي (غصب مني على ما لم يسم فاعله) يعني أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فتندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هنالك فكذا هنا كذا في غاية البيان (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعي الفاعل لا محالة) لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر انه) أي الفاعل (هو الذي في يده الا أنه) أي المدعي (لم يعينه) أي لم يعين الفاعل (درأ للحد شفقة عليه) أي على ذي اليد (واقامة لحسبة الستر) أي لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى أقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر أما في السؤال فلانه ان أراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعين كونه السارق وان أراد به أن في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء مسروقا من المدعي فهو مسلم لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ اذ وجهه ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وأما في الجواب فلان مقتضاه أن جعل ذي اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعي في مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال لدرء الحد وأن الاحتيال للدرء انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير أودعها عنده فان اتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع (فصار) أي فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول (كما اذا قال سرقت) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أي بخلاف ما اذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق (لانه لا حد فيه) أي في الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذورا في التجهيل (ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك) أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه (أسقط

الا أنه لم يعينه درأ للحد) لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضى القاضي بالعين للمدعي فمتى

حينئذ أجيب بان وجهه أنه جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يد الظهورها قبل أن تصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره

(قوله أجيب بان وجهه أنه اذا جعل خصما الخ) أقول بان جعل سارقا ثم أقول فيه بحث فانه ان أراد أن في ذلك جعله سارقا في حق توجه الخصومة فسلم ولا يلزم منه القطع وان أراد أن فيه جعله سارقا في حق القطع فليس كذلك وانما يلزم ذلك أن لو قال المدعي سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذي اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذي اليد منه

والحدود تندرئ بالشبهات فحينئذ لا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى (قوله ان ظهرت سرقته) أقول أي سرقة العين باقرار ذي اليد أو غيره

فيكون وصوله الى ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم المدعى البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته أنه أحق بامساكه

(باب مايدعيه الرجلان) لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع فى بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل

الخصومة بغير بينة) لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم

(باب مايدعيه الرجلان)

قال (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعى فى قول تهاترتا وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل

الخصومة) أى أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدورى قال المصنف (لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى فى الشئ المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أى وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه أنه قصد التفنن فى العبارة (الى يد ذى اليد من جهته) أى من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم) أى المدعى (البينة أن فلانا) أى فلانا المذكور (وكله بقبضه) أى بقبض الشئ المدعى (لانه) أى المدعى (أثبت ببينته كونه أحق بامساكها) أى بامساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن ههنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتأنيث

(باب مايدعيه الرجلان)

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع فى ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أى العين (له وأقام البينة) أى على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أى نصفين وانما وضع المسئلة فى دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا فى نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفى دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا وفى أحد قولى الشافعى تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد ترك فى يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفى القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفى الملك المطلق لان فى المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجىء ان شاء الله تعالى (وقال الشافعى) أى فى المسئلة التى نحن فيها (فى قول تهاترتا) أى البينتان أى تساقطتا وبطلتا مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطا فيه كذا فى المغرب (وفى قول يقرع بينهما) أى بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته (لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل

ظهر السارق بعد ذلك لا بيقين لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضى بالعين للمدعى فتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل أن تصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيال للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله أعلم

(باب مايدعيه الرجلان)

(قوله اذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) انما وضع المسئلة فى دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا فى نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة انها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفى دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا فى يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفى القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفى الملك المطلق لان فى المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجىء ان شاء الله تعالى وقال الشافعى رحمه الله تهاترت البينتان تركا أى تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام

الاثنين (قال وان ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما وقال الشافعى فى قول تهاترتا) أى تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطا فيه (وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما أو يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انك تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائى أن رجلين تنازعا فى عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبى الدرداء رضى الله عنه

(قال المصنف الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول فان قيل يلزم حينئذ الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم وقدمر قبيل باب التحكيم انه يجوز فراجعه

فى

أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ وأقاما البينة فقال عليه السلام ما أحوجكم الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما

فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار الى القرعة لان النبى عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان

أى فى كل العين (فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أى بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى كذا فى النهاية والكفاية (أو يصار الى القرعة لان عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما) روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائى رواية عن أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه ذكره أبو داود (أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) وعن أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ وأقاما البينة فقال ما أحوجكم الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين (وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة يعنى انه كان فى ابتداء الاسلام وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان للقاضى هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار كذا فى الكافى وسائر الشروح (ولان المطلق) بكسر اللام أى المجوز (للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بان يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية فى حل هذا المقام ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعى ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان

والمطابقة كذا فى المغرب وقال مالك رحمه الله يقضى باعدل البينتين وعند الاوزاعى رحمه الله يقضى باكثرهما عددا فى الشهود (قوله وقد تعذر التمييز فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن أولى واستدل بذلك النكاح لو تنازع اثنان فى امرأة وأقام كل واحد منهما البينة أنها امرأته لم يقض القاضى لواحد منهما (قوله أو يصار الى القرعة) استدل بحديث سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما البينة أنها أمته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (قوله وحديث القرعة كان فى الابتداء) أى كان استعمال القرعة فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ

نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان فى الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق فى ايجاب الحق لمن خرجت له فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما فى سبب الاستحقاق

(قوله بمنزلة الاستحقاق فى ايجاب الحق) أقول فى ايجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب احداهما بيقين) أقول فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره فى معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والازم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول يعنى شرعا

فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لان

استحالة اجتماع المالكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احداهما أي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدى طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندى ان لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أي اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أولم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) ههنا (بالتنصيف اذ المحل يقبله) أي يقبل التنصيف (وانما ينصف لاستوائهما) أي لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد اليه أنه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب احداهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احداهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والالزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتامل انتهى أقول في الجواب بحث اذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذى يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودى في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعى على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى لاستدلال أئمتنا في هذه المسئلة وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفى له كذب احداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظى فلا ينبغى أن يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والالزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها فممنوع وان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احداهما لا بعينها فمسلم لكن لا نسلم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتامل (قال) أي القدورى في مختصره (فان ادعى كل واحد منهما) أي من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان

(قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين اما أن تكون متعاقبة أولا

ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا أيضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضى هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب بهما ونفيا للتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك

فان كان الثانى فلا بينة لهما فالمرأة اما أن تقر لاحدهما أولا فان أقرت فهى امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فان أقام البينة فهى امرأته وان أقرت لغيره لان البينة أقوى من الاقرار وان أقاماها فاما أن تكون فى بيت أحدهما أودخل بها أولا فان كان ذلك فهى امرأته لان النقل الى بيته أوالدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح أولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهى امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا فالم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهى امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول

المحل لا يقبل الاشتراك قال (ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم تؤقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته) لتصادقهما (وان أقام الآخر البينة قضى بها) لان البينة أقوى من

المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الاسلام على السغدى أنه لا تترجح احداهما الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها فى يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه أسبق كذا فى الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (اذا لم تؤقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى) لما فيه من زيادة الاثبات كذا فى الكافى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى أقول فى الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثانى أولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثانى بل على منع أولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثانى كما ذكر فى السؤال فلم تثبت الاولوية فى الاول مطلقا وأما الجواب الثانى فهو وان كان صحيحا فى نفسه الا أن فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثانى يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل أمرهما على الصلاح لان هذا انما يعتبر فى الدفع لا فى ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما فان أقام الآخر البينة قضى بها لان البينة أقوى من

فى معنى القمار بان يعتمد أحدهما سبب الملك كالشراء وما أشبهه والآخر اليد فصحت الشهادتان فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بحقائق الامور وانما تعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وأمكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولى مال انسان وباع فضولى آخر من آخر وأجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما فى النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشتراك وقوله ان القاضى تيقن بكذب أحدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيأ أطلق له أداء الشهادة وهو معاينة اليد لن شهدله وبه فارق مسئلة مكة والكوفة على العادات الغالبة التى يبتنى عليها الاحكام (قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) حكى عن ركن الاسلام على السغدى رحمه الله انه قال لا يترجح احدى البينتين

(قوله وان أقاماها الخ) أقول الاظهر أن يقرره هكذا وان أقاماها فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة وانما قلنا الاظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما فى تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار قال الاتقانى نقلا من فصول الاستروشنى وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اه والظاهر أن يقيد قوله وان أرخ أحدهما بلا يد ولا اقرار والا فصاحب اليد والاقرار أولى (قوله فان كان ذلك فهى امرأته الخ) أقول ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وان لم يكن ذلك) أقول معطوف على قوله فان كان ذلك وقوله ذلك اشارة الى قوله فاما أن يكون فى بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وان لم يذكرا تاريخا) أقول أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله لجواز أن الاول طلقها الخ

الاقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا أن يوقت شهود الثانى سابقا) لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)

الاقرار) اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر فى نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان فى امرأة كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ويقيم البينة فان كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد ترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذى دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن فى يد أحدهما فايهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما أقرت المرأة انه تزوجها قبله أو انه تزوجها دون الآخر فهى امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها له كما فى جانب الزوج أو لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا فى النهاية وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب وانه يظهر منه أن قول القدورى فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة فى بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم أن هذا كله اذا كان التنازع حال حياة المرأة وأما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا أو أرخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لا تصلح للشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزأ كذا فى غاية البيان نقلا عن الفصول وفى الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان فى الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأى بالرأى كذا فى غاية البيان (الا أن يوقت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فانه يقضى حينئذ بادعاء الثانى (لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير أقول فى قول المصنف بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة بيقين فى تحريره (وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف

وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه الا أن يوقت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ الاول بيقين (قوله وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج) مر بيانه قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد الخ) عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد

الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها فى يد أحدهما والثالثة دخول أحدهما بها الا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا فى الخلاصة (قوله فلا ينقض بما هو مثله فى الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل) كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثانى

قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تاقيت (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذي شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة (وان شاء ترك) لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به

(قوله لأن شرط العقد الخ) أقول الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون (قوله أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجيء

معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

(معناه) أي معنى قوله منه (من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري (وأقام بينة) أي أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال في شرح المقام ولم توقت واحدة من البينتين وقتا وأقول الاولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد التعميم لهما ولو لم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المصنف (لانه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية أخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى أقول الذي هو تصرف نفس ذلك القائل ههنا ساقط أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق وأما قوله وأيضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لانه شرط نفس العقد كما أن الرضا أيضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف العقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطا للآخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا

(قوله معناه من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب (قوله فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن) فان قيل قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي

(٣٠ – (تكملة الفتح والكفايه) – سابع) من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي قال الاتقاني ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده فان ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فانه يقضي بالدار بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك فجواب الشارح لا يفي بدفع ما ذا أورد عليه فليتأمل

(فان قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لاأختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به

بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به اه واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره الاتقاني ههنا ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لايفي بدفع ما اذا أورد عليه انتهى أقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد وأما دفع السؤال عن مسئلة أخرى غير مذكورة في الكتاب فغفلة من الكلام ههنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هنالك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره أيضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو أن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيع عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل و يضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا (فان قضى القاضي به) أي بالعبد (بينهما) أي بين المدعيين (فقال أحدهم لاأختار) أي لاأختار الاخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه) أي الآخر (صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) أي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أي في النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك) أي بخلاف مالو قال أحدهما لاأختار الاخذ (قبل تخيير القاضي) اي قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شئ (والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) أي نظير ماقال أحد مدعيي الشراء لاأختار الاخذ قبل تخيير القاضي (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الاول) أي نظير ماقال أحد مدعيي الشراء لاأختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أي تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لايكون للآخر الا أخذ نصف الدار واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى ههنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) اذ قد تبين به أن

ان تبطل البينتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بحقيقته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فيضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد (قوله لانه صار مقضيا عليه

(فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهما لاأختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لايعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أي في النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضي) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل والحجة قامت به ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير الى أن الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لاخيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما

(قوله وقوله حيث يكون له الى قوله يشير الى أن الخيار الخ) أقول والافكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني

(ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه فى يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه

الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا (ولو وقتت احداهما) أى احدى البينتين (ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول فيه شئ وهو أن الآخر أثبت الملك أيضا وانما الشك فى أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك فى أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا فى أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان فى جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك فى ذلك الوقت والذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى أقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقا فكان أولى انتهى (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (ومعناه) أى معنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه فى يده) أى القبض ثابت فى يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو فى الحال فى يد البائع وجاز أن يكون الحكم هنالك على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعين بالمعاينة كذا فى النهاية وغيرها أقول بقى ههنا كلام وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضا فى مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف فى البين وهى قوله ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو صاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها برشد اليه انه لم يعد فى شئ منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف فى صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى فى يد البائع وقال ههنا ومعناه أنه فى يده أى فى يد أحد المدعين فاقتضى هذا أن يكون المدعى فى يد المشترى فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتامل فى التوجيه (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديته زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى أقول قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف فى أسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام ما يابى أن

بالنصف فانفسخ البيع فيه) فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما الكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر فى النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل (قوله ومعناه انه فى يده) أى العبد فى يده معاينة فى الحال وذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو فى الحال فى يد البائع وجاز ان يكون الحكم هنالك على خلاف هذا (قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق

لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه فى يد أحدهما فهو أولى (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديته زمانية فهو بعد اذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم

ولانهما استويا فى الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا

يكون مراده ذلك اذ لو اراد لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندى أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا للغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى (ولانهما استويا فى الاثبات) أى ولان القابض وغير القابض استويا فى اثبات الشراء بالبينة وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض فى العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده فى العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) لا يقال بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فينبغى أن ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون أولى من بينة ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا أما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى ههنا وقد صرحوا به فى مواضع منها ما مر فى أوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد فى البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى أقول فى الجواب بحث وهو أن الذى يثبت لكل واحد من المدعين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعين وكون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما مسلم وأما فيما اذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع ألا يرى أن الدليل الذى ذكر والاثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد وهو أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا فان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجرى فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما الا فيما اذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أى ولو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية بل عامة الشراح قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه أقول يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجرى فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى أقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى أقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف الى أقرب الاوقات الذى هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية وأما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فى الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذى ذكره الآخر بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه

شرائه) لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فيحكم بوقوعهما معا فيتقدم عقد صاحب القبض ضرورة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر الخبازى انه يرجع الى النكتة

أولى (ولانهما استويا فى الاثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك (وكذا اذا ذكر الآخر) يعنى بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه

(قوله وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول اذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لا يكون) أقول اذا كان المشهود به الشراء المتأخر (قوله يحتاج الى اثبات الملك) أقول أى الملك المطلق (قوله وههنا ليس كذلك) أقول لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه الخ)

الا أن يشـهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما فى وجه التبرع

هنالك ثم يجعل قوله ههنا لما بينا اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التى أشرنا اليها فيما مر آنفا (الا أن يشهدوا) أى شهود الخارج (أن شراءه) أى شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لان الصريح يفوق الدلالة) يعنى أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح (قال) أى القدورى فى مختصره (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أى معنى ما قاله القدورى ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدورى (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم اذا أرخا وتاريخهما على السواء كذا ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (لان الشراء أقوى) أى من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت أولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات (ولانه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشراء أقوى أى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شئ (والملك فى الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتى لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى أقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشراء أقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافى ههنا لكن لا يخفى على ذى مسكة أن قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بينا أشار الى ما ذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى انتهى ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى (وكذ الشراء والصدقة مع القبض) أى كذا الحكم اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) اشارة الى ما ذكره فى المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أى نصفين كذا فى الكافى وغيره (لاستوائهما فى وجه التبرع) فان قيل لا نسلم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل

الآخرة وهى قوله استويا فى الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ على شراء ذى اليد احتمل سبق اليد على شراء المؤرخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك (قوله وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد)

الا أن يشـهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد) فانه تنقض بها اليد (لان الصريح يفوق الدلالة واذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لانه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى (واذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما فى وجه التبرع) فان قيل لا نسلم

أقول لابد من التأمل انه هل يتمشى هنا تحقيقه المبنى على المقدمتين بل الظاهر أنه اشارة الى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك الا أن قوله لان الصريح الخ يؤيد الاول (قوله ولان الشراء الى قوله ثابتين معا الخ) أقول بل يثبت الشراء مع القبض اذ الحادث يضاف الى أقرب الاوقات على ما مر آنفا فلا يثبت مطلوبه الذى هو سبق ملك مدعى الشراء هذا والظاهر أن قوله ولانه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم يشهد لذلك قوله فى دليل المسئلة الآتية لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول فكان ملك مدعى الشراء سابقا (قوله واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول والظاهر أنه اذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء فكذا جواب المسئلة لهذين الدليلين بعينهما

ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم فى الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح

الرجوع دون الهبة أجاب بقوله (ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل) أى يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل (والترجيح بمعنى قائم فى الحال) اى الترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال) لا بمعنى يرجع الى المآل وأجيب أيضا بان امتناع الرجوع فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أى القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح وكذا فيما يحتمله) أى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لان الشيوع طارئ) يعنى أن كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل الا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع) فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول أبى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا فى العناية

احترز به من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذ على ما يجىء بعد هذا فى قوله ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة فى اثبات سبب الملك عليه وفى اثبات سبب الملك لنفسهما الشراء اقوى من الهبة لانه عقد ضمان موجب للملك فى العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشراء على ثبوت الملك فى الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا المالك الشراء موجب للملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فكان هو اولى أما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما و ينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه فى اثبات الملك له اولا ثم لنفسه والحجتان فى اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهم اثلاثا كذا فى المبسوط (قوله ولا ترجيح باللزوم) لو ادعى احدهما الهبة والقبض والآخر الصدقة والقبض واقاما بينة قضى بينهما نصفين لاستوائهما فى التبرع والافتقار الى القبض ولا ترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر فى ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر فى ثانى الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لا بمعنى يرجع الى المآل ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضا (قوله لان الشيوع طارئ) لان كل واحد منهما اثبت قبضه فى الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوع طارئا فى المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وأقاما البينة فان وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كان فى يده لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتوقيت فى حق

التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل أى بما يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم فى الحال (وهذا) أى الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لان كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها

(قوله ترجيح بما يرجع الى المآل) أقول لا ترجيح بما يرجع الى المآل بل الترجيح انما يكون بمعنى قائم فى الحال (قوله اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل) أقول فان قيل ظهور الاثر فى ثانى الحال انما هو لقوة العقد فى الحال فيثبت المطلوب قلنا لا نسلم بل لحصول الاجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل (قوله وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة) أقول أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز قال

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

وغيرها (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا ادعى أحدهما الشراء) أى شراء شئ كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته أنه) أى ذلك الرجل (تزوجها عليه) أى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أى لاستواء الشراء والنكاح (فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وعن هذا قال صاحب العناية فى تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفى التبيين للامام الزيلعى ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أى وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعنى أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها (اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بان لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء أقول ههنا اشكال ظاهر وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يؤرخا وأما اذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد ودليله المذكور فى الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تمحل بعضهم فى دفعه فقال ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذا لم تر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتأمل قال صاحب العناية وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى

الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لاثباته الملك فى وقت لا ينازعه الآخر وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحد ففيما لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وفى ما يحتمل القسمة كالدار ونحوها تبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيهما ما يترجح احدهما من قبض أو تاريخ لانا لو عملنا بها قضينا الكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارى وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور فى الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا الكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها (قوله لاستوائهما فى القوة) فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء مبادلة

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى لان العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق ملك العين

(قوله فان قدمنا النكاح الخ) أقول كيف يقدم اذا أرخا وتاريخهما على السواء وتخصيص الخلاف بما اذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم تر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور فى رأس الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر فى الاسرار الى قوله لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سبق بناهما

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) لانه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلقى الآخر منه

كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع به ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا استويا فانهما انتهى أقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف أن يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة اذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وان ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله (لانها) أي لان الهبة (تثبت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت أكثر اثباتا فكانت أولى كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لانه بيع انتهاء) أي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لانه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض) أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه) أي لان صاحب التاريخ الاقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه) أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه

المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى قلنا النكاح أقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى وفيما قال محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بحجة ولا يكون عملا بالبينتين أيضا لان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين (قوله وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك) أي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر اثباتا فكان أولى (قوله وعقد الضمان أولى)

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها أولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة (وان أقاما الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك

لايتلقى الملك الامن جهتموالفرض أن الآخر لم يتلق منه وهذاقول أبي حنيفةوأبي يوسف آخراوقول محمدأولاثم قال محمد يقضي بينهـماولا يكون التاريخ عبرةوان أرخ أحدهمادون الآخرففي النوادر عن أبي حنيفةأنه يقضي بينهمالانه لاعبرة للتاريخ عنده حالة الانفرادفي دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضي لمن أرخ وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى (ولوادعيا الشراء من واحـدوأقاماهاولم يؤرخاأوأرخاوتاريخهماعلى السواءقضى به بينهماوان أرخاتاريخين متفاوتين فالاول أولى لمـابينا) أنه أثبته في وقت لامنازع له فيه فكان استحقاقه ثابتامن ذلك الوقت وأن الآخراشتراه من غيرمالك

قال(ولوادعيا لشراءمن واحد)معناه من غيرصاحب اليد

هذاقول أبي حنيفةوقول أبي يوسف آخراوبه قال محمدأولا وأماعلى قول محمدآخرافيقضي بينهماولا يكون للتاريخ عبرةوان أرخ أحـدهماولم يؤرخ الآخرففي النوادرعن أبي حنيفةأنه يقضي بينهـما لانه لاعبرة للتاريخ عند حالة الانفرادفي دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسـف يقضي للذي أرخ وعلى قول محمد يقضي للذي لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك كذافي النهـاية نقلاعن الذخيرةوسيأتي تمام بيانه في الكتاب ان شاءالله تعالى (قال) أي القدوري في مختصره (ولوادعيا الشراءمن واحد) قال المصنف (معناه من غيرصاحب اليد) أي معنى قوله من واحدمن غيرصاحب اليدقال صاحب النهاية ليس في تقييده بقوله معناه من غيرصاحب اليـدزيادة فائدةفان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليدأومن غيره بعدأن يكون البائع واحدالانه ذكرفي الذخيرةدارفي يدرجل ادعاهارجلان كل واحدمنهمايدعي أنه اشتراهامن صاحب اليدبكذافان أرخاوتاريخهماعلى السواء ولم يؤرخافالدار بينهما نصفان لانهما استويافي الدعوى والحجةوان أرخاوتاريخ أحدهماأسبق فالسابق أولى لانه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين أن الآخراشتراهامن غـير المالك وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخرفالمؤرخ أولى تقليلا لنقض ماهوثابت لانا اذاجعلنا المؤرخ أولى فقدنقضناشراء الآخرلاغير وأمااذاقضينا للذي لاتاريخ له لنقضناعلى صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعدماثبت الامران بالبينةواذاادعى الخارجان تلقي الملك من واحدآخر بان ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا وجاءرجل آخروادعى أنه اشترى هذه الدارمن فلان ذلك بعينه فان لم يؤرخاأوأرخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهماوان أرخاوتاريخ أحدهماأسـبق يقضي لاسبقهما تاريخاوان أرخ أحـدهماولم يؤرخ الآخرفالمؤرخ أولى لماقلنا انتهى وقداقتفى أكثر الشراح أثرصاحب النهاية في مؤاخذة المصنف ههنابالوجـه المذكور وقال صاحب الكفاية قيدبقوله معناه من غيرصاحب اليدكي لا يلزم التكرار لانه قال أولا ولوادعى اثنان كل واحـدمنهما أنه اشترى منه هذا العبدمعناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكرمن جملتهاهذا الحكم المذكور ههنافيثبت بذلك أنه لافرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليـدأومن غيره في هـذا الحكم انتهى أقول الحق ماقاله صاحب الكفايةوتوضيحه أن الامام القدوري لماذكرهذا الحكم في مختصره مرتين احداهماههناوالاخرى في أثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولوادعى اثنان كل واحـدمنهما أنه اشترى منه حيث قال هنالك ولوذكركل واحدمنهما تاريخافهو

وهذا لانه يثبت اليدله في المرهون والدين والهبة لاتثبت الا بدلا واحدافكانت أكثرا ثباتا فصاركالشراءمع الهبة(قوله وان ادعيا الشراءمن واحد) معناه من غيرصاحب اليدكأنه قيدالقوله معناه من غيرصاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال أولا ولوادعى اثنان كل منهـما أنه اشترى منه هذا العبـدمعناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكرمن جملتهاهذا الحكم المذكور ههنافثبت بذلك انه لافرق بين أن يدعيا الشراءمن

(قال المصـنف ولوادعيا الشراءالى قوله فالاول أولى) أقول قال العلامة الكاكي تبعا لصاحب النهاية وفي هـذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحـداأو اثنين لما أن صاحب التاريخ الاقدم أولى وانما يتفاوت الحكم بينهمافيمااذاوقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى عـلى ماذكر بعد هذا بقوله بخلاف مااذا كان البائع واحـدا انتهى قال العلامة النسفي في الكافي وان ادعيا الشراءمن واحد ولم يؤرخا أو أرخاتاريخا واحدافهو بينهما نصفان لاستوائهـما في الحجة وان أرخا واحـداهماأسبق تاريخا يقضي لاسـبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف مالو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولا تاريخ لملك البائعـين فتاريخه الملكه لايعتدبه وصار كانهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهـما انتهى وهكذا في الكفاية وشرح الكنز الزيلعي ثم قال في الكفاية الاسبق أولى رواية واحدة فيمااذا كان البائع واحداوفيمااذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيه ذكرنافي الكتاب يشيرالى أنه لاعبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط مايدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضا انتهى فظهر أن مافي النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية ومافي الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى وهو مختار صاحب الهداية أيضا على مايشير اليه كلامه الآن في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحث فان بينة مدعي الاسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا واذا أثبت أحد مدعي الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر بل الظاهر خلافه حيث يتضمن اثبات تاريخ

(وأقاما البينة على تاريخين فالاول أولى) لما بينا انه أثبته فى وقت لامنازع له فيه (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء)

للاول منهما فهم التكرار من كلامه فى الظاهر فصرف المصنف قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثانى الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلا والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجىء بعد هذا فى الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد اذ لا يجىء فى الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا و بان فائدة التقييد هنالك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا أيضا الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تتمة ما سبق أى لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالاول أولى) أى فصاحب التاريخ الاول أولى (لما بينا) أى فى مسئلة ان ادعيا الشراء من صاحب اليد (أنه أثبته) أى أن صاحب التاريخ الاول أثبت الشراء (فى وقت لامنازع له فيه) أى فى ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى ذكرا تاريخا واحدا وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لاثبات الملك لبائعه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا فى المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلكهما فى شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية أخذا من الكافى أى سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان فى التلقى منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقى لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقى منه والآخر لا يدعى التلقى منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعى هذا المسلك فى شرح هذا المقام من الكنز أقول السر فى اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره فى حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به فى معتبرات الفتاوى حيث قال فى فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضى يقضى بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول أولى فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وان أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى وقال فى البدائع أما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد فى رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد فى الاملاء انه سوى بين الميراث و بين الشراء

صاحب اليد أو من غيره فى هذا الحكم (قوله وذكرا تاريخا) أى سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان فى التلقى منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقى لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقى منه والآخر لا يدعى

فكان باطلا قيل لا تفاوت فيما ذكر فى الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين وانما التفاوت بينهما اذا أقتت احداهما دون الاخرى على ما سيذكر بعد هذا وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت فى سائر الاحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فانه ذكر فى الذخيرة دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا وآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء

ملك المدعيين اثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول فائدته دفع توهم التكرار فى كلام القدورى (قوله ورتب عليه الاحكام) أقول الى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير قال المصنف (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء)

ء نهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا) وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو أقتت احداهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الامن جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك أقول قال الزيلعى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى قال الاتقانى أى تاريخا واحدا وان كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وهو قول محمد فى رواية أبى حفص وعلى قول أبى يوسف الاول يقضى بينهما انتهى ولا يخفى التدافع بين الكلامين فقيل فى دفعه ان الكلام مبنى على روايتين فما فى غاية البيان مبنى على

رواية ما ذكره الزيلعى والذى يشير اليه كلام الهداية مبنى على رواية أخرى فليتدبر وأنت خبير بان المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك (قوله لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول أى ملك بائعه فانه يرجع الى دعوى الملك المطلق لبائعهما وتوقيت احداهما فى الملك المطلق لا يفيد الاولوية لما سبق آنفا وسيجىء أيضا (قوله لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا) أقول بل الحق تتميمه بقولنا لان الشراء أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات اذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكما الا اذا تبين الخ فلا يرد

لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين ووقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الامن جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره

وقال لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى وذكر فى الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا فى غيرها ثم أقول الذى يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الاسبق أولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا) أى فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أى من أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو وقتت احدى البينتين ووقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) يعنى اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين (لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أى على تقدم ملك بائعه يعنى أن كل واحد من المدعيين ههنا خصم عن بائعه فى اثبات الملك له وتوقيت احداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أى لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم فى الملك (بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما) أى المدعيين (اتفقا) فى هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أى لا يؤخذ (الامن جهته) أى من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع (فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى أقول فيه نظر لان الكلام فى توقيت احدى البينتين لا فى اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك فى هذا اللازم لثبوت شرائه أيضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثانى يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل التقدم على الآخر والتأخر عنه الا أن هذا الفرق لا يجدى نفعا اذ الظاهر أنا لا نحكم فى هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر فالوجه فى تعليل كلام المصنف ههنا أن يقال لان الشراء أمر حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير المؤقت يضاف الى أقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكما وقد أشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا فى غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافى فتذكر ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الامن جهته وأما الباقى فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له فى الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا فى الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التلقى منه (قوله ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ

التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم

حكمنا به فكذا اذا أثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لان البائع ان كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ) وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد اذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة

ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب احدى البينتين وأما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك في ملك غير المؤقت يستلزم الشك في ملك المؤقت لان تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به أصلا وأما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيأ على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه ولعمري ان صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما أتى بشئ يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف ههنا لمندوحة عن جميع ماذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البينة (قضى بينهم أرباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لانهم يتلقون الملك من باعتهم) وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم وفي بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أي المملكين (حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) لانفسهم وثمة يقضي بينهم أرباعا فكذا ههنا (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) أي كان صاحب اليد أولى قال المصنف (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أي عن محمد (أنه لا تقبل بينة

نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك

حينئذ سؤاله المصدر بقوله ولقائل أن يقول الخ فليتأمل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) اقول يعني في المسألتين (قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول فيه بحث لجواز أن يبيع وكيلاه لشخصين في زمان واحد كما أشار اليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك ان تأخر) أقول أي ان تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع الاستخدام (قوله وان تقدم ملك) أقول لكن لم يملك المؤقت لانه لم يتلقى الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول فيه تأمل فان الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يقعا معا) أقول فيه بحث اذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة في زمان واحد

لاأقبل من ذى اليدبينةعلى تاريخ وغـيره الاالنتاج لان النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتاعلى مطلق الملك ولم يتعرضا لجهـةالملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ماذا اقامتا بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى فان الاسـبق أولى سواء كان البائع واحـدا أواثنين (ولهـما أن البينـةمع التاريخ متضمنةمعنى الدفع فان الملك اذاثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الابالتلقى من جهته وبينـةذى اليدعلى الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذى اليـدعيناوأنكر ذواليـد ذلك وأقام البينة أنه اشـتراه منـه تندفع الخصومة وتقدم قبل هذا قبول بينـةذى اليدفى أن العين فى يده وديعـةحتى تندفع عنه دعوى المدعى عنداقامةالبينةولماقبلت بينة ذى اليد عـلى الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقـدم متضمنة دفع بينـةالخارج عـلى معـنى أنها لاتصح الابعد اثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها الدفع (وعلى هذا الخـلاف لو كانت الدار فى أيديهما) كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لامعتبر بالوقت (لمابينا) من الدليل فى الجانبين

ذى اليـد رجـع اليـه لان البينتين قامتاعلى مطلق الملك ولم يتعرضا لجهةالملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينةمع التاريخ متضمنةمعنى الدفع فان الملك اذاثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الابالتلقى من جهته و بينةذى اليدعلى الدفع مقبولة وعلى هذاالخلاف لو كانت الدارفى أيديهما

ذى اليدرجـع اليه) يعنى أن هذاقوله الآخر المرجوع اليه وفى المبسوط ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد أنه رجـع عن هذاالقول وهو أن بينةذى اليداذا كانت أقدم تاريخا من بينةالخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة وقال لاأقبل من ذى اليد بينةعلى تاريخ ولاغيره الاالنتاج ومافى معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذافى النهاية ومعراج الدراية قال المصنف فى تعليل ذلك (لان البينتين قامتاعلى مطلق الملك ولم تتعرضا لجهةالملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء هـذا يحتاج الى البيان أقول فى البيان لمالم تتعرض البينتان لجهةالملك جاز أن تكون جهةالملك أى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم فى نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسـبق من الآخر فى الملك لتقـدم سبب ملكه عـلى سبب ملك الآخر بخـلاف مااذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحـداهما أسـبق من الاخرى حيث كان الاسـبق أولى لتعرضـه لسـبق سبب ملك أحد المشـتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسـبق فى الملك (ولهـما) أى ولابى حنيفـة وأبى يوسـف (ان البينةمع التاريخ متضمنةمعنى الدفع فان الملك اذاثبت لشخص فى وقت فثبوته لغـيره بعـده لايكون الابالتلقى من جهتـه وبينةذى اليدعلى الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذى اليـد عيناوأنكر ذواليـد ذلك وأقام البينةأنه اشتراه منـه تندفع الخصومة وقدمر قبـل هـذا قبول بينة ذى اليدفى أن العين فى يده وديعةحتى يندفع عنـه دعوى المدعى عنداقامة البينة ولماقبلت بينةذى اليدعلى الدفع صارت ههنا بينةذى اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنةدفع بينةالخارج على معنى أنها لاتصح الابعد اثبات التلقى من قبله فتقبـل لكونها الدفع كذافى النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدارفى أيديهما) أى لو كانت الدارفى أيديهما كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لايعتبر الوقت وكانهما قامتاعلى مطلق الملك فتكون بينهما كذا

(قوله لان البينتين قامتاعلى مطلق الملك ولم يتعرضا لجهةالملك) احـترز به عمااذا قامت البينتان على شراء مؤرخ واحداهما أسبق تاريخا من الاخرى فالاسبق أولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فماذكر فى الهداية يشـير الى أنه لاعبرة لسبق التاريخ وفى المبسوط مايدل على أن أسبق التاريخين أولى فى ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعيا الملك بالشراء كل واحـد منهـما من رجل أو من واحد وأرخا واحدهما أسبق تاريخا كان صاحب أسبق التاريخين أولى (قوله متضمنةمعنى الدفع) وهـذا لان الملك اذا ثبت لشخص فثبوته لغـيره بعده لايكون الابالتلقى منـه فصارت بينةذى اليد بذكر التاريخ متضمنةدفع بينةالخارج على معنى انها لاتصح الابعد اثبات التلقى من قبـله و بينتـه على الدفع مقبولة كبينةالمرأة والعبـد والامة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم ولان يد ذى اليد دلت على الملك ولكن لاتدل على سـبق التـاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على النتاج لانه انما وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه أسبق فكذا ههنا (قوله وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدارفى أيديهما) فعندهما الدار لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد يبطل التقدم وتكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذواليد فيمافى يده ذواليد وفيمافى يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما مافى

حتى يتصور وقوع البيعين معا وجوابه انالم ندع صحة البيعين معا كما اذاوقعا على التعاقب فلايضرنا ماذكرت

(قوله لان البينتين قامتاعلى مطلق الملك) اقول تعليل لقوله وعنه أنه لاتقبل بينةذى اليد الخ وقوله عنه يعنى عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتاخر سواء الخ) أقول يحتاج الى البيان

والمعنى مابينا ولوأقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

في النهاية نقلا عن الايضاح (والمعنى مابيناه) وهو ماذكره من الدليل في الطرفين (ولوأقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أي من غير ذكر سبب (ووقتت احداهما) أي احدى البينتين (دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى) انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية (لانه أقدم) دليل على ماقاله أبو يوسف أي لان صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أي وصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (اذا أرخت احداهما) أي اذا أرخت احدى البينتين هنالك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا والجواب أن الشراء بمعنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان (ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد (أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لا يقول بذلك والالزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى أقول هذا الاعتراض ليس بشئ اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد في مسئلتنا هذه أعني أولوية الخارج فيما اذا وقتت احداهما دون الاخرى يجوز أن يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على أنه قوله الآخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسئلتنا هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هنالك وتوضيح المقام أن لمحمد في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذي لم يؤقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ماعليه أبو حنيفة ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك وقوله الآخر ان الخارج أولى وهذا مبني على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا على ماهو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع أبي حنيفة كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ماذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى

يد صاحبه (قوله والمعنى مابينا) وهو ماذكر من الدليل في الطرفين (قوله لانه أقدم) لانه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينا ومن لم يوقت يثبت الملك في الحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه (قوله وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما) يعني اذا ادعيا الشراء من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر حيث يقضى به للمؤرخ وأما اذا ادعيا الشراء من بائعين فوقت أحدهما دون الآخر قضى بينهما نصفين (قوله ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع) أي دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح

وعلى

(ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع) لما مر (ولا دفع ههنا) لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لامكان أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم

(قوله انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول آنفا

(وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما) فاقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابى يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول (ولو كانت) العين (فى يد ثالث والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لان الاطلاق

وعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لانه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره

لا يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى أن يقال ان بينة ذى اليد لا تقبل عنده أصلا فى غير النتاج وما فى معناه لما مر له من الدليل فى المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبى حنيفة ومحمد فى دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبى حنيفة وقول محمد الآخر فى هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول أبى حنيفة وقول محمد الاول فى المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذى ذكره صاحب العناية فان هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله انهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اه أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه فى مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (اذا كانت الدار فى أيديهما) وأقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة أحدهما دون بينة الآخر يعنى لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند أبى يوسف (ولو كانت فى يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة فى يد ثالث (والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) أى فالخارجان سواء يعنى يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق) أى لم يوقت (أولى لانه) أى الاطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالاولاد والاكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من أقام بينة على مطلق الملك فى جارية مثلا واستحقها وزوائدها رجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان مدعيا الملك من الاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن) يعنى أن العمل بالمتيقن أعلى راجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أى ادعياه من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أى اعتبار

الا بعد اثبات التلقى من قبله وهنا وقع الاحتمال فى معنى الدفع لوقوع الشك فى وجوب التلقى من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم فاذا وقع الشك فى تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال (قوله ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة احد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (قوله بدليل استحقاق الزوائد) أى الزوائد المتصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب (قوله يضامه احتمال عدم التقدم) أى يزاحمه وهذا لان الذى لم يؤرخ كما احتمل أن يكون متأخرا عنه احتمل أن يكون سابقا على تاريخ صاحبه أولان التاريخ ان كان يقتضى السبق لفظا من حيث اقتصار دلالة لفظ

دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لان الذى لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا فى السبق واللحوق فجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار

(قوله والا لزمه المسئلة الاولى) أقول يجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله انهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقانى فى غاية البيان فراجعه (قال المصنف وقال محمد الخ) أقول هذا قوله الاول الذى يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الاتقانى فتامل أنت وقال الاتقانى وأما على قوله الآخر يجب ان يقضى بينهما نصفين ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث المعنى فأبو حنيفة انما يعتبر السبق من حيث النص ومحمد على قوله الاول يعتبر السبق المعنوى أيضا فليتامل (قوله فكان ملكا للاصل) أقول الظاهر أن يقال فكان ملكا من الاصل

(قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى أقرب الاوقات و يترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وان أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بينة بالنتاج فذو اليد أولى) وهو استحسان وفي القياس الخارج أولى و به أخذ ابن أبي ليلى لان بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقا ق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم أن بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر اثباتا فهي أولى

(قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ) أقول فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفضيل ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله و وجه الاستحسان الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فليتأمل (قوله لان بينته في نفس الامر دافعة الخ) أقول فان قيل ما الفرق بينه و بين ما اذا لم يكن لذي اليد بينة على ايداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه قلنا ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى وفي مسئلة الايداع ذلك فان الغائب اذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه النتاج

فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لان البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

التاريخ يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقا على تاريخ صاحبه و يحتمل أن يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) أي بدون أن يذكرا التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء (لانه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة أقول الآن حصحص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل أبي يوسف ههنا وكنت استشكلته هنالك واخترت ما ذكره صاحب الكافي هنالك موافقا لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام ههنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وأما جواب القياس فالخارج أولى و به أخذ ابن أبي ليلى و وجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه بالاستحسان ما أشار اليه المصنف بقوله (لان البينة) أي بينة ذي اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به أقول يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس لان تساوي البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على أولية الملك

الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار كما لو أقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا أو شراء أو ارثا وكل قسم ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون المدعى في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما وكل وجه على أربعة أقسام لانه اما أن لا يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه (قوله وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وفي

النتاج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا وأما قوله ان بينة الخارج أكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى أقول ويرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضا لان كلامنا فيما اذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا فمسئلة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة اشكال ههنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذا من الذخيرة أن بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد بينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر اثباتا فهي أولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها اياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة أو الاجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر

القياس الخارج أولى وبه أخذ ابن أبي ليلى ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولوية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق ووجه الاستحسان ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقة نتجها دابته وأقام ذو اليد البينة أنها ناقة نتجها دابته فقضى الرسول عليه السلام للذي هي في يديه ولان يد ذي اليد لا تدل على أولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان هنالك لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهر يده ثم انما قلنا ان ذا اليد لو أقام بينة على دعوى النتاج بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه فتسمع بينته كما تسمع بينة أجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج باقامة البينة وقضى له ثم أقام صاحب اليد بينة انه له لا تسمع بينته لان الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك لان بينة الخارج أكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا ترى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل أن بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده لا على طريق القضاء

فى الذخيرة انتهى (وهذا) أى ماذكر من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) والمذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده) أى يترك المتنازع فيه فى يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله أن القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفى مثل هذا تتهاتر البينتان كما فى مسئلة كوفة ومكة على ما مر فى أول هذا الباب و وجه صحة ما ذهب اليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر فى النوادر حين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها و بالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما ما فى يده والجواب عن قوله ان القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفى رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين فى شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضى لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضى لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق فى يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد فى يوم واحد لا يكون فى مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هنالك لذلك أما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر فى حق تحليف ذى اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى

ذى اليد نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى (قوله وهذا هو الصحيح) وجه الصحة هو ان محمدا رحمه الله ذكر فى نوادر حين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما ما فى يده (قوله خلافا لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده لا على طريق القضاء) وجه قوله ان القاضى تيقن بكذب أحدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين قلت لا معنى لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضى بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وثمرة الخلاف انما تظهر فى حق تحليف ذى اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذى اليد قضاء ترك بعد

(قوله وهذا) أى ماذكرنا من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) والمذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يد ذى اليد لا على طريق القضاء) لان القاضى يتيقن كذب أحد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك أن محمدا ذكر فى نوادر حين أقام البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد والجواب عن قوله القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين لان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر فى التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يحلف

(قوله كمسئلة كوفة الخ) أقول يعنى فى الشهادة (قوله ليست بمعاينة الانفصال) أقول يعنى لا يلزم فيها معاينة الانفصال

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء

لذى اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أي ولو أخذ كل واحد من الخارج وذى اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البينة على النتاج عنده) أي وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد لان كل واحد منهما خصم عن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) أي خارجا كان صاحب النتاج أو ذا اليد) لان بينته) أي لان بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أي فلا يثبت الملك (للآخر الا بالتلقي من جهته) أي من جهة صاحب النتاج والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين) بان ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أي للثالث (الا أن يعيدها) أي البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم بينة ذى اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق ووجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ألا يرى أن العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق ان أقام البينة على النتاج تقبل) أي تقبل بينته (وينقض القضاء) أي وينقض القضاء الاول صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد في دابة معينة

ما حلف للخارج وعندنا لا يحلف (قوله ولو تلقى كل واحد منهما) أي كل واحد من الخارج وذى اليد والضمير في عنده يرجع الى رجل ولذلك لو أقام البينة على وراثة أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل ٧ والدفى ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه أو من موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه (قوله لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان التملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على أحد لانه تبين أنه من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر فلما لم يصر الثالث مقضيا عليه في تلك الحادثة تسمع بينته (قوله وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل) صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد في دابة معينة بالملك المطلق

(ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذى اليد (الملك من رجل فكان هناك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر الا من جهته (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضى ثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم بينة ذى اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء

لانه بمنزلة النص) فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لاتقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا و القضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد أجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ماندفع به انتقض القضاء الاول قال (وكذلك النسج فى الثياب الذى لاتنسج الا مرة الخ) قد تقدم أن القياس ماذهب اليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى فى النتاج من بينة ذى اليد وما ذهبا اليه استحسان ترك به القياس فى الثياب التى لاتنسج بما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه فما لا يتكرر من أسباب الملك اذا دعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها و كما اذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو لبدا بانه صنعه أو مرعزى وهى كالصوف تحت شعر العنز أو صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام

لانه بمنزلة النص قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لاتنسج الامرة) كغزل القطن

بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له و ينقض القضاء الاول كذا فى النهاية والكفاية (لانه بمنزلة النص) أى لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص فى الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هنالك كذا هنا وهذا استحسان وفى القياس لاتقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شىء وهو أن فى ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التى نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه و ينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهر عليه فالاولى فى الجواب أن يقال ان كونه مقضيا لا يضر بقبول بينته لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا فى نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضى فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء بالظاهر فى خلافه نص قال الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام مايدفع به انتقض القضاء الاول انتهى أقول لا يتوجه السؤال رأسا لان كلامنا فى أن المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه وأما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذى أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذلك النسج) أى النسج كالنتاج فى أنه لا يتكرر وكل حكم عرفته فى النتاج فهو فى النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا فى يد رجل أنه ملكه بانه نسجه فى ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا فى النهاية (فى الثياب التى لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن)

فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له و ينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر ذو اليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضى أخطأ فى قضائه وان أولية الملك لذى اليد فلهذا ينقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن أبي ليلى بينة الخارج أولى فينبغى ان لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول (قوله لانه بمنزلة النص) أى اقامة البينة على النتاج

(وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر) لانه فى معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

هذا احترازا عن الثياب التى تنسج مرة بعد أخرى كالخز وفى المبسوط النسج فى الثوب بموجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج فى الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر لانه فى معنى النتاج) قد تقدم أن القياس فى دعوى النتاج ماذهب اليه ابن أبى ليلى من أن بينة الخارج أولى وان ماذهبنا اليه من كون بينة ذى اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهى حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه وكل مايتكرر من أسباب الملك فهو فى معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أى واتخاذ اللبد (والمرعزى) أى وجز المرعزى اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز كذا فى المغرب (وجز الصوف) فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزها من عنزه أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد فى هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها لاتكون الامرة واحدة فكانت فى معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (وان كان يتكرر) أى وان كان سبب الملك يتكرر (قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذى لاينسج الامرة اذا صار لذى اليد بنسجه لايتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان فى معنى دعوى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى أقول كلا بحثيه ساقط جدا أما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذى اليد حيث كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر اثباتا كما فى الملك المطلق فلم يعتبر الاسبب واحد هو للخارج بخلاف ماسيجىء بعد أسطر حيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج فيتجه عليه من قبل الامامين أن يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى وأما الثانى فلان ماذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة

بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر أنه قضى للمدعى بمطلق الملك مع بينة ذى اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعى فى هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه (قوله والمرعزى) اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزا بفتح الميم مخففا وهى كالصوف تحت شعر المعز الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج (قوله وجز الصوف) بان اختلفا فى الصوف وأقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزه من غنمه فانه يقضى به لذى اليد لان الجز لا يكون الامرة واحدة فكان فى معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز فى معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازعا فيه مال مقصود (قوله وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد

عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست فى معنى النتاج لتكررها

(قال المصنف وان كان يتكرر الخ) أقول فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلابد من الفرق (قال المصنف بمنزلة الملك المطلق) أقول قال فى النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى وفيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك

وهومثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة لانهم أعرف به فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته

بالمحتمل المشكوك بل هو بمجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان واستشكل ذلك البعض قول المصنف وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق أقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هنالك وأما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد أولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذي اليد هنالك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المصنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أي السبب المتكرر في الملك (مثل الخز) أي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه وأما البناء فلانه يكون مرة بعد أخرى وأما الغرس فكذلك وأما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فان أشكل) أي فان أشكل شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى أهل الخبرة) أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم (لانهم أعرف به) قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فان أشكل عليهم) أي فان أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أي بالمشكل (للخارج لان القضاء ببينته) أي ببينة

أما الخز فلما نقلناه وأما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد أخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فان أشكل) شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى) العدول من (أهل الخبرة) ويبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان أشكل) على أهل الخبرة (قضى به للخارج لان القضاء ببينته

بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا للذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى النتاج (قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة) أما في البناء بان أقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس النالة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان أقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في أرضه قضى بها للمدعى لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج (قوله فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة) أي اذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين انه ينسج مرة أو مرتين سأل القاضي أهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط

هو

هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لان الاول ان كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا الاتنافي فصار كما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) قال وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين و يكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على مامر

الخارج (هو الاصل) لانه القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) أي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج أي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان (فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل) الذي هو القياس (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى لان الاول) أي الخارج (ان كان يدعي أولية الملك) وفي بعض النسخ ان كان يثبت أولية الملك (فهذا) أي فصاحب اليد (تلقى منه) أي تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا الاتنافي) كما لا يخفى (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر بالملك له) أي كما اذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا ففي كل الصور الخارج أولى الا اذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج أو أرخا وتاريخ صاحب اليد أسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضا وهي فيما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي ان كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى أقول لامساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلاثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى وان أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين وتكون) أي وتكون الدار (للخارج لان العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لان القبض دلالة السبق) أي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) اشارة الى

قال الله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (قوله والعدول عنه بخبر النتاج) وهو ما روى ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة انها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده (قوله لان القبض دلالة السبق على مامر) اشارة الى قوله وان

هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج) كما روينا (واذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا أقام الخارج البينة على الملك الخ) واذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لان الخارج ان كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه (قال وان أقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقضي بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول يعني ولم يقبض الخارج

ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذ استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده

قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الامر) أى لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعها اياه (لان البيع قبل القبض لا يجوز) يعنى أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وان كان) أى وان كان البيع (فى العقار عنده) أى عند محمد رحمه الله (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (أن الاقدام على الشراء اقرار منه) أى من المشترى (بالملك للبائع فصار) أى فصار أمر هذه المسئلة (كانهما) أى البينتين (قامتا على الاقرارين) أى على الاقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا) أى فيما نحن فيه (ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد ان العمل بالبينتين ممكن يعنى أن السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق) أى للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذى اليد فانما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين أقول لطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا أقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البينتين استويا فى الاثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك فتأمل فى الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا) أى اذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما وان كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى ثم ان هذا أى القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك فى حق النقد لانه فى ضمنه قلت أمكن أن لا تقبل البينة فى حق شئ وتقبل فى حق شئ آخر كالمرأة اذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة (وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أى لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب

لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (قوله ولا يعكس الامر) أى ولا يجعل كان الخارج اشترى ذلك العين من ذى اليد أولا ثم باعه من ذى اليد لان فى ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان ذا زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز (قوله فصار كانهما قامتا على اقرارين) لان كل واحد منهما أثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقر بثبوت الملك للمشترى فكان هذا بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تهاتر الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق أحدهما جعل كانهما وقعا معا وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا (قوله ولان السبب يراد لحكمه) فيه جواب عما قاله محمد رحمه الله ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذى اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيده وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان

ولا يعكس) أى لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعه اياه (لان) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار من المشترى بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعنى أن السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) ههنا (لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق) للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذى اليد انما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص

(قوله لحكمه وهو الملك) أقول قوله هو راجع الى الحكم

ولو

ولوشهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول

(ولوشهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا) أى البينتان (بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لان الجمع غير ممكن عند محمد) أى لان العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين فى يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الاول) أى بخلاف ما اذا لم يذكر القبض فى شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق اذ لوجعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا زبدة ما فى جملة الشروح فى حل هذا المقام أقول لقائل أن يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضيناها لك بالعين بينهما نصفين كما مر فى صدر هذا الباب وأيضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة أيضا فى هذا الباب وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة فى هذا الحكم أعنى التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا ولا يخفى أن ما ذكروا ههنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر وفى الكافى وما ذكر فى الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض

ثبوت موجبهما (قوله ولوشهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر التاريخ ولا دلالة التاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض حيث يجعل شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض وأما ههنا لما أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا وليس أحدهما باولى من الآخر فى القبول فتساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر فى الهداية تهاترتا بالاجماع يخالف ما ذكر فى المبسوط وهو ان الشهود اذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شراء ذى اليد سابقا وبيعه متأخرا فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا وبيعه متأخرا لان قبضه منقض عيانا وانقضاء قبضه دليل على سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذى اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان بحق فاهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وأما عندهما فتهاترت الشهادتان فى الصورتين جميعا وذكر فى الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض المعاين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على غيره ولان أى الشراءين قدمنا فى هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شراء الخارج حتى لا يحتاج الى نقض القبض المعاين بالشك وفى

الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله (لان الجمع غير ممكن) لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن

وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ماعرف

يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد امكن لانهما اثبتا العقدين والقبض فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) اى ولم تثبت البينتان قبضا وفى بعض النسخ ولم تبينا قبضا (ووقت الخارج اسبق) اى والحال ان وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه) أى بيع العقار (قبل القبض عنده فبقى على ملكه) أى فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج (وان اثبتا قبضا) اى وان اثبتت البينتان قبضا وباقى المسئلة على حاله وفى بعض النسخ وان بينتا قبضا (يقضى لصاحب اليد) اى بالاجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ماقبضه (لان البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وان كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقى المسئلة على حاله (يقضى للخارج فى الوجهين) أى سواء أثبتت البينتان القبض أولم تثبتاه (فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض (أوسلم) أى سلم ذو اليد الى الخارج (ثم وصل اليه) أى الى ذى اليد (بسبب آخر) من اجارة أو اعارة أو غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المصنف الوجهين فى تقريره هذا كما ترى فان قلت بقى من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا فى الكتاب احداهما أن توقت البينتان وقتا واحدا وثانيتهما أن توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما اذا لم توقتا أصلا نص عليه فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أى الاثنان والاربعة من الشهود سواء (لان شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها الى حد النصاب الكامل (كما فى حالة الانفراد) فى غير الشهادة فى الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع (بقوة فيها) أى فى العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ماعرف) أى فى علم

الجامع الكبير مثل ماذكر فى المبسوط (قوله وان وقتت البينتان فى العقار) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كماذكر (قوله وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد) أى بالاجماع (قوله يقضى للخارج فى الوجهين) اى سواء شهد الشهود بالقبض أولم يشهدوا وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وعند الاوزاعى يقضى لاكثرهما عددا لان القلب الى قول الاكثر أميل وعند مالك رحمه الله يقضى لاعدل البينتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة والاعدل فى كونه حجة أقوى فكان أولى ولنا ان الترجيح لا يقع بكثرة

(وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين فاما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين أما أن يشهدوا بالقبض أولا فان كان وقت الخارج أسبق (فان لم يشهدوا بالقبض قضى به الذى اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى به للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد) بالاجماع لانه يجعل كان الخارج باعها من بائعه بعد ماقبضها وذلك صحيح على القولين جميعا (وان كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين جميعا يعنى سواء شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أما اذا شهدوا به فلا اشكال وأما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين فى قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية أو اجارة باعتبار اثبات القبض قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) فى أصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هى مثلها قال

(قوله أما اذا شهدوا به فلا اشكال) أقول فيه بحث

قال (واذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا هى بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا

أصول الفقه وكذا الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هى مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض الى هذا أشار فى التقويم كذا فى النهاية (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة اعتبارا لطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما) فنجعل الدار على أربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة كذا فى الكافى (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هى) أى الدار (بينهما) أى بين المدعيين (أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أى يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفى المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيأ بحكم ماله من الثلث كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أى وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أى فتقسم الدار بين المدعيين أثلاثا ثلثاها المدعى الجميع وثلثها المدعى النصف واعلم أن أصل أبى حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث وأصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان فى العين

العلة حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه أما اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التأويل والاخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل أولى لانه لما لم تحتمل التأويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجح على النص والظاهر وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر الا أن يكون بعضها صفة للبعض (قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين) وفى المغرب وقال

وشهادة كل عدد نصاب كامل قال (واذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هى بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل فى ذلك أن عند أبى حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب أى يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان فى العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان فى العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولى اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولى آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق ومما اتفقوا على العول فيه العول فى التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق فى العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولى أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصل أبى حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهى تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعى النصف لا دعوى له فى النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعى النصف الربع وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين فى العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا تحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له

كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذين الاصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أي للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يحتملها) أي النظائر والاضداد (هذا المختصر) يعني الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أي القدوري في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أي ولو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسئلة بحالها (سلم لصاحب الجميع) أي لمدعي الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لانه خارج في النصف) أي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف (فيقضى ببينته) أي فيقضى ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أي صاحب صاحب الجميع أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لان مدعاه) أي مدعى صاحبه وهو مدعي النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى

الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث (قوله ولهذه المسئلة نظائر واضداد) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا أدانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين رجل خطأ وغرم المولى

فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيأ ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

ولو

(قال واذا تنازعا في دابة الخ) اذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان أحدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذى اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة المشايخ تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذى اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعنى في الخارجين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم) لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا فتترك الدابة في يد من هى في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك ان كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فاسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية تخالف ما روى أبو

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال (واذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لان الحال يشهد له فيترجح (وان أشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا

مدعى النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب بمدعى النصف لا يدعى شيأ مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعى الجميع فلا منازعة كذا في الكافي (ولو لم ينصرف اليه دعواه) أى ولو لم ينصرف دعوى مدعى النصف الى النصف الذى في يده (كان ظالما بامساكه) أى كان مدعى النصف ظالما بامساك ما في يده وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أى واذا لم يدع مدعى النصف النصف الذى في يدى مدعى الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدى مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كى لا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد انتهى أقول فيه نظر وهو أن انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذى في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المصنف لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعى الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذى في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعى الكل وهو ليس في يده وأيضا لا يتم قوله كى لا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان في يد غيره ومدعى الكل يدعى أن جميع ما في أيديهما حقه فالحق أن الذى ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أى القدورى في مختصره (واذا تنازعا) أى تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أى الذى يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لان الحال يشهد له) يعنى أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذى اليدان كانت في يد أحدهما أولهما ان كانت في أيديهما أو يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعى في شرح الكنز (وان أشكل ذلك) أى سن الدابة (كانت بينهما) أى كانت الدابة بينهما نصفين (لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب في الخارجين وان كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها للذى اليد اما لظهور علامة الصدق في

قيمته لها ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيها بطريق المنازعة فضولى باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولى آخر نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق أرباعا على ما عرف مع أصولها وفروعها في الزيادات وغيرها (قوله وان أشكل ذلك كانت بينهما) أى اذا

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك فى يد من كانت فى يده قال (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

بينته أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا فى المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر فى الذخيرة فى ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة فى يد صاحب اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح أى فى دعوى الخارجين أقول لم يظهر لى فائدة هذا التقييد كما سأبين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فتترك) أى الدابة (فى يد من كانت فى يده) والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث أعنى ما اذا كانت الدابة فى يد ثالث وما اذا كانت فى أيديهما وما اذا كانت فى يد أحدهما اذ لا فارق بينهن فى الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة فى التقييد المار وفى المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى فى يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر فى أكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذى اليد فلا قادح لما فى المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره فى ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره ان فى رواية أبى الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

كانا خارجين أما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذى اليد فى النتاج وأقاما البينة ووقتت البينتان فى الدابة وقتين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعى قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت فى شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت فى شهادة شهود ذى اليد وأما اذا كانت البينة على وفق بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد اما لظهور علامة الصدق فى شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج وذى اليد وذكر فى الذخيرة فى ذلك عامة المشايخ على انه تتهاتر البينتان وتترك الدابة فى يد صاحب اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) أى فى دعوى الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم هكذا ذكر الجواب فى الايضاح وذكر فى المبسوط من مشايخنا من أجاب بهذا ثم قال والاصح ما قاله محمد رحمه الله وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كانت

الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر

بوديعة فهما سواء) لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

(فصل فى التنازع بالايدى) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال واذا تنازعا فى دابة الخ) اذا تنازع اثنان فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه أظهر لان الركوب يختص بالملك يعنى غالبا (وكذا اذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب فى السرج أولى لما ذكرنا ونقل الناطفى) هذه الرواية من النوادر وأما فى ظاهر الرواية فهى بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين فى السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما فى التصرف وكذا اذا تنازعا فى بعير ولا حدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف (واذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما

بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما فى الاستحقاق

(فصل فى التنازع بالايدى) قال (واذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لان تصرفه أظهر فانه يختص بالملك (وكذلك اذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما فى التصرف (وكذا اذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل أولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لانه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)

بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

(فصل فى التنازع بالايدى) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى بيان وقوعه بظاهر اليد فى هذا الفصل لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا تنازعا) أى تنازع اثنان (فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه) أى تصرف الراكب (أظهر فانه) أى الركوب (يختص بالملك) يعنى غالبا قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى (وكذا اذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب) أى فى السرج (أولى) لان العادة جرت بان الملاك يركبون فى السرج وغيرهم يكون رديفا كذا فى الكافى وغيره واعلم أن ماذكر فى الكتاب من أن كون الراكب فى السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفى فى الاجناس عن نوادر المعلى وأما فى ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا فى غاية البيان والعناية (بخلاف ما اذا كانا راكبين) يعنى فى السرج (حيث تكون) أى الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما فى التصرف) أما اذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشايخنا ينبغى أن يقضى للذى هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك أما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا اذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لاحدهما والآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا اذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا كذا فى الشروح (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه

سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين فى دعوى الخارجين أما اذا كانت مشكلة لا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين (قوله فهو بينهما لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والله أعلم

(فصل فى التنازع بالايدى)

(قوله فالراكب أولى) أى فى كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو أقام الآخر البينة تقبل (قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين) أى كلاهما راكبين فى السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما

(فصل فى التنازع بالايدى) (قوله لان الركوب يختص بالملك الخ) أقول قال العلامة الزيلعى بخلاف ما اذا أقاما البينة انتهى يعنى المتعلق باللجام أو الحكم ثم قال الزيلعى حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح

معناه لاعلى طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق

وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المصنف (معناه لاعلى طريق القضاء) أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لاعلى طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله (لان القعود ليس بيد عليه) أي على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لاتثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في يده حكما بان كان في بيته ولم يوجد شئ من ذلك في البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى أقول يرد عليه أن هذا الشرح لايطابق المشروح لان المصنف قال معناه لاعلى طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف لاعلى طريق القضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لامجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك أيضا اذ لابد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ماذكره صاحب العناية أيضا هنالك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجئ في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما أنه اذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك فان لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معا لانه لامنازع لهما الا أنه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الاول فيما عرف كون المدعى في أيديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تحقق يد لواحد من المدعيين على ماتقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما لكن هذا أيضا لايخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فالحق في الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما أي يوضع فيهما لعدم المنازع لهما كما ذكرناه فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام مايظهر مما سيجئ في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء وأيضا لاتبقى الحاجة حينئذ الى ماذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على مالايخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على أن ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل أن يجعل المدعى في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر (قال) أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما متمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة في الاستحقاق) يعني أن مثل تلك الزيادة لاتوجب الرجحان اذ لاترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا في عبد ولاحدهما عليه خمسون مثلا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هنالك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا

(قوله لان القعود ليس بيد عليه) اذ المراد باليد المتصرفة الناقلة المحولة التي لا ينفك الركوب والحمل عنها عادة

لاعلى طريق القضاء) لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما وبه ذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لابطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لاتجوز القضاء لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد

انتهى فاقول المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فانه خلاف مايفهم من الكتاب (قوله حيث لم يقض بها) أقول بل يجعل في أيديهما وفرق مابين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجئ في آخر هذه الورقة

قال (واذا كان صبي فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لانه فى يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذى هو فى يده) لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع

فى العناية ثم ان هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان فى يد رجل وادّعى أنه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له فى العادة والا فلا لانه ذكر فى المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفى القدورى لو أن خياطا يخيط ثوبا فى دار رجل وتنازعا فى الثوب فالقول قول صاحب الدار وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى أخذته من منزلى قال أبو حنيفة القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل فى شئ ماخلا ثيابه التى عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال أبو يوسف ان كان الداخل رجلا لا يعرف بصناعة شئ من الاشياء بان كان ملاحا لا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع و يطوف بالمتاع فى الاسواق فالقول قوله ولا أصدق قول رب الدار عليه والا فلا فثبت فى هذه المسائل أن صاحب اليد انما تعتبر يده وان كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان صبي فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أى يعقل نحوى ما يجرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه قول الشراح أى يتكلم و يعقل ما يقول (فقال) أى الصبى (أنا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه فى يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أى لا يعقل ما يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة و بينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا فى الكافى (ولو قال أنا عبد لفلان) أى لو قال الصبى الذى يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذى اليد وقال الذى فى يده انه عبدى (فهو عبد للذى هو فى يده لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذى اليد انه له ولا تنقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا فى الكافى فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة وأقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي أبدا يبعد من المضار و يقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما فى الصبي الذى لا يعقل فيكون القول قوله فى رقه كذا فى الشروح (وان كان) أى الصبي (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أى عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) فى أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه

فكان بينهما الا على وجه القضاء لاستوائهما فى عدم الحجة (قوله وهو يعبر عن نفسه) وفى الذخيرة يعنى يتكلم و يعقل ما يقول فاذا كان بهذه المثابة كان فى يد نفسه لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا أنا تركناه اذا لم يكن له اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبي لو أقر بالرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه فيظهر عليه يد ذى اليد فيكون له فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار والاقوال الموجبة للضرر غير معتبرة فى حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وهبته وان كان عاقلا قلنا ثبوته بدعوى ذى اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان اللقيط عبده لم يصدق والفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده و يد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين فى اللقيط و يد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح الدعوى مع الشك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذى اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها

منهما مستمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا و بين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال (واذا كان صبي فى يد رجل) يدعى رقه فلا يخلو اما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاه فقال أنا حر فالقول قوله لانه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون فى يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذى اليد (فهو عبد ذى اليد لانه أقر أنه لا يد له على نفسه باقراره بالرق)

(قوله واذا كان صبي فى يد رجل يدعى رقه) أقول يعنى يدعى ذلك الرجل (قوله اما أن يكون الصبي ممن يعبر) أقول أى يتكلم و يفهم ما يقال

قبل الاقرار بالرق من المضار لامحالة وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين وأجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله فى رقه كالذى لا يعقل اذا كان فى يده وان كان الثانى فهو عبد للذى فى يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يدله على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد الا بحجة وأجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط أمين فى اللقيط ويد الامين فى الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثانى بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه فى حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل الخ) واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه والآخر عليه هرادى جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره فى المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردوك (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال) المذكور

بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن

شرعا فيكون القول قوله انه ملكه (بخلاف ما اذا كان يعبر) أى بخلاف ما اذا كان الصبى يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا و بين اللقيط الذى لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هنالك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو أن صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده و يد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين فى اللقيط و يد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك فان قيل وجب أن لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل فى بنى آدم اذ الاصل فى بنى آدم الحرية لانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره) فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه) أى أو هو متصل ببنائه (والآخر عليه) أى على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية بضمها وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا تقل هردى انتهى وفى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه فالاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق) فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن

ثابتة حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قيل وجب أن لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرهم أحرار فى الاصل لانهم أولاد آدم وحواء وكانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله لهرادى ليست بشئ) فى المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من

بداره

(قوله قبل الاقرار بالرق من المضار لامحالة وأقواله فيها الخ) أقول يعنى وأقوال الصبى فيها غير موجبة الخ قال الزيلعى أخذا من النهاية ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين انتهى لانه لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق (قال المصنف أو متصل ببنائه) أقول فى صحة العطف تأمل

جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط

جداره) أي جدار صاحب البناء (فيه) أي في الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أي ومداخلة لبن هذا أي الحائط المتنازع فيه (في جداره) أي في جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساجة أحدهما مركبة في الاخرى وأما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمي هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شئ واحد والمروي عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للامام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أي اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه) أي بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه لمداخلة انصاف اللبن لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط أقول بقي لي ههنا كلام وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والامام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى أن كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادي انتهى ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربي الاتصال أي اتصال التربيع واتصال الملازقة مشترك في هذا الحكم فان الهرادي مما لا اعتبار له أصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شئ فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال في الذخيرة وذكر هذا أيضا في النهاية نقلا عن الذخيرة أما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال وأما اذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه على ما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال بناء اتصال ملازقة أو اتصال

الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردي ولا تقل هردي (قوله وقد يسمى اتصال تربيع) وذكر في حيطان الذخيرة وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون انصاف لبن

في قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساجة أحدهما مركبة في الاخرى وأما اذا ثقب فادخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى

وقوله الهرادى ليست بشئ يدل على أنه لااعتبار للهرادى أصلا وكذا البوراى لان الحائط لا تبنى لها أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة

تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا فى حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال فى البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر فى الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر فى البدائع وأما اذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة فى ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليست بشئ) أى قول محمد فى الجامع الصغير الهرادى ليست بشئ (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا) بل هى فى الحكم المعدوم (وكذا البوارى لان الحائط لا يبنى لها أصلا) أى لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادى والبوارى لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى وانما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما) معناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يده يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما لانه يقضى بينهما كذا فى العناية وكذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل فى اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة) أى لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى فى أصل العلة وهو أن يكون لكل واحد منهما على مقصود يبنى الحائط لاجله وفى نصاب الحجة وهو الثلاثة لانها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالاكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها قال فى معراج الدراية وقوله ولا معتبر بالاكثر منها أى من الثلاثة أقول تفسيره ليس بسديد أما أولا فلانه يقتضى أن يكون كلمة من فى قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية فى اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف فى موضعه وأما ثانيا فلانه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا لان ماهو أكثر من الثلاثة لا يكون الا بعد الثلاثة فالصواب أن كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وأن ضمير منها راجع الى الجذوع كما أشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلاثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر

الحائط المتنازع فيه داخلة فى انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا و يكون اتصال مجاورة وملازقة (قوله الهرادى ليست بشئ) يدل على انه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى لانه لما لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للتسقيف والتسقيف لا يمكن على الهرادى والبوارى صار معدوما حكما حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهرادى (قوله ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة)

(وقوله والهرادى ليست بشئ) لان الحائط لا يبنى لها أصلا) لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادى والبوارى وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ قضى به بينهما) ومعناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو فى يده يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها

(قوله ومعناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول فاذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه فى أيديهما ليصير خصما له لمعرفة القاضى بذلك واذا ترافعوا الى قاض آخر فاقام المدعى البينة بقضاء القاضى الاول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له (قوله يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما) أقول فاذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه فى أيديهما حتى يصير خصما له واذا كان القاضى الذى ترافعوا اليه غير القاضى الاول لا تسمع خصومة الثالث باقامة البينة على أن القاضى الاول جعله فى أيديهما فليتدبر

وان

(وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته

الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شئ من المحذورين المذكورين (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهي رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الوضع وقال في النهاية ثم اعلم أن هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبينة أما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذ في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي (ثم قيل) أي على هذه الرواية يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل (ما بين الخشب بينهما) أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني أن ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين و بين صاحب الثلاثة نصفين وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لانه لا معتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني انهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني اما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كان هو المشهور في نظائرها واما بتأويل الرواية بالنقل أو القول (ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس أقول يظهر ذلك بالتامل فيه فان المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشئ واحد مع زيادة استعمال أحدهما بل كان كل واحد مستعملا

حتى لو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذ الثلاث أقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين (قوله وللآخر موضع جذعه) وفي الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده أما اذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره (قوله وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه) ذكر في كتاب الدعوى

(وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية) كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار اليه المصنف (وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ يعني ذلك استحسان والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر (نصفين) لانهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه (أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته)

(قال المصنف ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) أقول من هذه هي التبيينية لا انداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الالف واللام ومن التفضيلية وفي بعض النسخ بأكثر منها فمن حينئذ تفضيلية (قوله فهو مصدر ميمي) أقول قوله هو راجع الى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار اليه المصنف) أقول بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لان الحائط الخ) أقول وفي تاخير المصنف دليل القيل الاول اشارة الى رجحانه على ما هو دأبه وعادته (قال المصنف وجه الثاني ان الاستعمال الخ) أقول لم

ووجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى) و يروى الثانى أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى وجه الثانى أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة فى نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين و يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذى هو مستحق مشغول بجذعه فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال فى الباقى فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له فى ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها أحد عشر منزلا عشرة منها فى يدى رجل وواحد فى يدى رجل وتنازعا فى الدار فانه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده كذا ههنا انتهى (ووجه الاول) أى ووجه الرواية الاولى وهى قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه فى الثانى (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة واسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع) أى يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه (لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) يعنى أن حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل و يثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما كذا فى العناية وغيرها (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفى بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع فى الدليل وجه الاولى وعلى الثانية وقع فيه وجه الثانى كذا فى العناية وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من الشراح ما فى النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما فى الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا الى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثانى فتتبع (فالاول أولى و يروى أن الثانى أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لانه المقصود باليد كذا فى الكافى ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا فى شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسى (ووجه الاول) وفى بعض النسخ وجه الثانى (ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله) أقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضى

والصلح من الاصل أن لكل واحد منهما ما تحت خشبه الى أسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذلك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا أن أحدهما أكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا فى ثوب وعامته فى يد أحدهما وطرف منه فى يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة (قوله ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال) يريد به اتصال تربيع فالاول أى صاحب الجذوع أولى و يروى الثانى أولى أى

والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الاولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل و يثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وقع فى الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثانى ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه (فالاول أولى) لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسى ويروى أن الثانى أولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثانى) أقول يعنى فى بعض النسخ والاذفى بعضها وقع وعلى الثانية وجه الاول ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الاولى دون الثانية قائلا بان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب

ثم

لعدم القائل بالاشتراك ثم بقي للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة

ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال (واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها

ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر اما بالتجزئة ان قبل القسمة أو بالشيوع ان لم يقبلها كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فحمل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه أيضا أنه ان أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي أن الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أي رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوي وصححها الجرجاني) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه وأما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيما قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن أبي يوسف في الامالي كذا في النهاية وغيرها (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة وهي عرصة في الدار وبين يديها كذا في معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها) أي استعمال الساحة (وهو المرور فيها) ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجا على أنا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها أكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي

صاحب الاتصال أولى (قوله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا) اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فان قيل لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال يبقى أن يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة قلنا الان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا في

أمر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن أبي يوسف في الامالي (واذا كان في يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور) وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالاجنبي عنه فألغي والشرب تحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار

(قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول فيه بحث (قوله وفي يد الآخر هدبه) أقول الهدب يقال له بالتركي سچق

قال (واذا ادعى رجلان أرضا) يعني يدعي كل واحد منهما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته (وان أقام أحدهما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة لان اليد حق

وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب وما اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة أجيب بان الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالاجنبي عنه فالغي والشرب تحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في العناية والى هذا أشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية (قال) أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا ادعى رجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) أقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها في يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على اقامتهما البينة أنها في أيديهما وانما المتوقف عليها القضاء بانها في أيديهما معا كما لا يخفى وسيتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بانها في يد أحدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا (لان اليد فيها) أي في الارض (غير مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن علم القاضي (وما غاب عن علم القاضي) أي والذي غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلابد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه جاز أن تكون في يد غيرهما ولو قضى لهما أو لاحدهما باليد لبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة وهي أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما فما لم يثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية (وان أقام أحدهما البينة) أي على أنها في يده (جعلت في يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضي للذي أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينته مقبولة كذا في عامة الشروح وقال صاحب العناية وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق

قال (واذا ادعى رجلان أرضا الخ) اذا ادعى رجلان أرضا كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضي أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لان اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر احضارها) لابد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة

الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل أمر الآخر برفع الحمولة فاما ههنا فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط الغير بان كان ذلك مشروطا في أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة وقضى به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول أولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفي الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله أن صاحب الجذوع أولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى وعليه عامة

(وان أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة) فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم أجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينته مقبولة وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصما (فان أقاما البينة جعلت في أيديهما) لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول أبي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة أخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد أنه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة اليد لاجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا أرضا صحراء أنها بايديهما يعني يدعى كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب *(باب دعوى النسب)* لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول أكثر وقوعا فكان

مقصود (وان أقاما البينة جعلت في أيديهما) لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

(باب دعوى النسب)

مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وان أقاما البينة) أي على أنها في أيديهما (جعلت في أيديهما لما بينا) اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول أي فلا تستحق اليد (لاحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اهـ أقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان أقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما أو على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي وأما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان أرضا الى هنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر) يعني اذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

(باب دعوى النسب)

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه أكثر وقوعا فكان أهم

المشايخ وهكذا روى عن أبي يوسف في الآمالي فقد رجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع (قوله وان أقام أحدهما البينة جعلت في يديه لقيام الحجة) فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضي باليد فيها للذي أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ألا ترى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان طلب كل واحد يمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث (قوله جعلت في أيديهما لما قلنا) وهو قوله لقيام الحجة (قوله لوجود التصرف) والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب

(باب دعوى النسب)

(قوله أجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول قال في النهاية ألا ترى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى وفيه بحث لجواز أن يكون مراد المجيب ما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسئلة أخرى) أقول هذا ناظر الى قوله قال بعض مشايخنا (قال المصنف فلا تستحق لاحدهما من غير حجة) أقول لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله

(واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع

ذكرا (قال) أي القدوري في مختصره (واذا باع جارية بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال أخذا من غاية البيان اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب انتهى أقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلاثة أوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى أربعة أوجه وهي ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيا معا أو على التعاقب فيلزم منه أن يكون الشيء قسيم قسمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الاربعة والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ويمكن أن يتمحل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقا أي أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه منضما الى الآخر بالمعية أو التعاقب وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معا أو على التعاقب فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندي في بيان الضابطة ههنا أن يقال اعلم أن الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب (فهو) أي الولد (ابن البائع وأمه) أي أم الولد (أم ولد له) أي للبائع (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته) أي دعوة البائع (باطلة لان البيع اعتراف منه) أي من البائع (بانه) أي الولد (عبد وكان) أي البائع (في دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أي وجه الاستحسان الذي نعمل به في هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لان الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض وبيانه أن الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أي لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج اذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق وصار كالمكاتب اذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق أو التدبير بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه كذا حققوا (واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده ففسخ البيع لان بيع

(قوله ومبنى النسب على الخفاء) لان العلوق أمر خفي فيعفى فيه التناقض كالمرأة تقيم البينة على الطلقات

أهم ذكرا فقدمه قال (واذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة أشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب

(قوله باتصال العلوق في ملكه) أقول الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه

ام

عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة
اذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع أم ولده وذلك غير جائز
فيفسخ البيع و يرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه
التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب
لما ثبت نسبه من المشترى وان ادعياه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لان دعوته أسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث
كان فى ملكه ودعوى المشترى دعوى تحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاد) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه أنها دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجىء وكذلك ان ادعى المشترى بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما أن يصدقه المشترى أولا فان كان الثانى فلا تصح دعوة البائع) لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق
لم يكن فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق فى حق الولد ولا حقه فى الام فلا تصير أم ولد واذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة فى الولد دعوة تحرير وغير

أم الولد لا يجوز (و يرد الثمن) لانه قبضه بغير حق (وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لانها أسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة

أم الولد لا يجوز و يرد الثمن) أى ان كان منقودا (لانه قبضه بغير حق) فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا فى الكافى وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول صحة التحرير من المشترى ظاهرة لان الجارية مملوكته فى الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها وأما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر فى وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشترى عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن أن يجاب بان تيقننا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع وأما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيده هذا ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال لو ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى و يحمل على أن المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى (وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لانها أسبق) أما اذا كانت قبل دعوة المشترى فالامر ظاهر وأما اذا كانت بعد دعوة المشترى فلما أشار اليه بقوله (لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعنى أن دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشترى مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال ووجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجىء (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعنى

الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة (قوله وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع) يعنى ادعياه معا فدعوة البائع أولى وعند ابراهيم النخعى رحمه الله دعوة المشترى أولى لان له حقيقة الملك فيها وفى ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحق الحقيقة كما لو ادعى المولى وأبوه ولد الجارية يثبت النسب من المولى لما ذكرنا (قوله وهذه دعوة استيلاد) يعنى دعوة البائع لان أصل العلوق فى ملكه ودعوة

(قوله بكون العلوق منه) أقول الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول لانه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر (قوله وصار كالمرأة اذا أقامت البينة) أقول فان بينتها تقبل مع التناقض فى الدعوى للخفاء عليها لان الزوج ينفرد بالطلاق (قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد) أقول يعنى دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير اذ لا مساواة فى القوة (قوله واذا لم تصر أم ولد بقى الخ) أقول شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل

المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى لان البائع كالاجنبى وان جاءت به بين المدتين فاما أن يصدقه المشترى أولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشترى يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى هذا اذا كانت المدة معلومة أما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من أقل من مدة الحمل أولا كثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه ودعوة المشترى وحده صحيحة لاحتمال كون العلوق فى ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا تمنع دعوة المشترى وان ادعياه معالم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لا كثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت به فان قيل فى جانب المشترى (فان
يثبت فى وجهين وفى جانب البائع فى وجه واحد فكان المشترى أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما

(الا اذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا أن يصدقه المشترى) لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك

أن الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته (الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح وقول المشترى على الصدق (ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أى للولد (ولا حقه) أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الام أم ولد للبائع كما اذا ادعاه أجنبى آخر كذا فى الكافى وغيره (وهذه) أى دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرا ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا فى البدائع وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى كذا فى العناية وغيرها (وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أى فى هذا الوجه (الا أن يصدقه المشترى لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه) أى فى ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهى اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أى من تصديق المشترى اياه (واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى) وهى ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك) وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى وهذا الذى ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة أما اذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من أقل مدة الحمل أولا كثر من أكثرها أولما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن

المشترى دعوة تحرير وانما الاتعارض دعوة الاستيلاد لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ودعوة الاستيلاد تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكأنها سبقت صورة وفى المبسوط لو ادعاه المشترى أولا يثبت النسب منه لانه لو كان فى الحال يملك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته أيضا لحاجة الولد الى النسب والحرية وتثبت لها أمومية الولد باقراره ولا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشترى ولانه ثبت فيه ما لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذى كان للبائع ضرورة وفى النهاية قوله وهذه دعوة استيلاد احتراز عن التحرير يعنى لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تفتقر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة فى الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجىء بعد ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد (قوله فلا تثبت حقيقة العتق) أى فى الولد

(فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد أصلا لانها تضاف اليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين أنه باع أم ولده ومالينها غير متقومة عنده فى العقد والغصب

العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان أكثر ما فى الباب كون العلوق فى ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا فى العناية قال فى الكافى ولو تنازعا فالبينة للمشترى أى اذا باع أمة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لاكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق لان البائع يدعى انتقاض البيع والمشترى ينكر فان أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف لانه أثبت زيادة مدة فى الشراء وعند محمد البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان أكثر اثباتا انتهى (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر) أى والحال أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد فى الام) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانها) أى لان الام (تابعة للولد) أى فى هذا الباب على ما سيجىء بيانه (ولم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك) أى لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الام) لعدم تصور ثبوت الحكم فى التبع بدون ثبوته فى المتبوع (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع) يعنى أن الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس (وانما كان الولد أصلا لانها) أى لان الام (تضاف اليه) أى الى الولد حيث (يقال أم الولد) والاضافة الى الشئ أمارة اصالة المضاف اليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف اليه أى وتستفيد الام الحرية من جهة الولد (لقوله عليه السلام أعتقها ولدها) قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها (والثابت لها) أى ولان الثابت للام (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أى والثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية (والادنى يتبع الاعلى) دائما دون العكس فحق الحرية الذى هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الاعلى دون العكس (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مر آنفا قال المصنف (لانه تبين أنه باع أم ولده) أى تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل (وماليتها) أى ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبى حنيفة (فى العقد والغصب

ولاحقه أى فى الام

قال (فان مات الولد فادعاه البائع الخ) الاصل فى هذه أنه اذا حدث فى الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لانه أصل) لاضافتها اليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن فى الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا أعتق المشترى الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما أصاب الام يلزم المشترى وما أصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت (والاصل فى هذا

(قوله لانه أصل لاضافتها اليه الخ) أقول الدليلان الاخيران يدلان على الاصالة فى النسب بل فى العتق (قوله فى هذا الباب أعنى به الخ) أقول

الباب) أعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والام تابعة له) في ذلك كما مر (وفي الفصل الاول) يعني فيما اذا أعتق المشتري الام (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الأصل

فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق أن الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وأمه أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح

فلا يضمنها المشتري وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه) أي فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما أصاب الام يلزم المشتري وما أصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعوته) أي دعوة البائع (باطلة) أي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح (ووجه الفرق) انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (أن الاصل في هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية أي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب وقد اقتفى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير أن يقال أي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والام تابعة له على ما مر) في مسئلة الموت آنفا (وفي الفصل الاول) وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) أي المانع منهما (العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد (في الاصل وهو الولد) لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع واعتاق المشتري أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني أن ذلك وان كان من أحكامه الا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب (فانه) أي ولد المغرور (حر) أي حر الاصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاها) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق (وكما في المستولدة بالنكاح) يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت

(قوله وليس من ضروراته) أي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الام كما

وهو الولد) فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع واعتاق المشتري أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما اذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد لابيه (وكما في المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هي أمة

الاظهر أن يقال يعني به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ فان الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول قوله هو راجع الى الاصل (قوله أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق) أقول وان كان من أحكامه (قوله وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج الخ) أقول فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجيء في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة والظاهر أن حرية الولد لا تمس اليها الحاجة وذكرها في المثال الاول استطرادي فليتأمل

وفي

(وفي الفصل الثاني) وهو ما اذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ماذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفي التبع) وقوله (وانما كان الاعتاق مانعا) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه أن الاعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته أجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به

(قوله وأجيب بان التوأمين الى قوله ثبوت النسب للآخر) أقول يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمني لا قصدي وكم من شيء لا يثبت قصدا و يثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول اذا كان كذلك الخ) أقول أشار بقوله كذلك الى قوله بان التوأمين في حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول يعني يجب أن يكون كذلك والا لزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه الخ) أقول أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما اذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه (قوله وفي ذلك ضرر زائد) أقول ولذلك لم يجعل من ضروراته استحسانا والا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتأمل ثم قوله ضرر زائد معناه للمشتري (قوله فان عورض) أقول يعني هذا الجواب (قوله بانه غير مقصود) أقول بل ضمني ثم ان الضمير في قوله بانه راجع الى السعي في قوله كان ذلك سعيا الخ

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

نسب الولد ولا تثبت أمية الولد كذا في غاية البيان و يطابقه ماذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده انتهى وكذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه اهـ قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هي أمة انتهى أقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التي ذكراها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين و بالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييد الكلام المطلق بلا مقتض له مؤد الى تقليل الامثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفي الفصل الثاني) وهو ما اذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ماذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) أي في الاصل (وفي التبع) لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع أيضا (وانما كان الاعتاق مانعا) قال متقدمو الشراح أي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا الدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية أخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى أقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع أيضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام والولد مانعا عن دعوة الاستيلاد أو دعوة النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام (لانه) أي لان الاعتاق (لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعني أن الاعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض (فاستويا) أي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع

في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وأمه ليست بام ولده بل هي أمة لمولاه وكما في

ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة

جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والازم ترجح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى أقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه وأما السؤال الثانى وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشئ أما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول أن التوأمين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده أنهما فى حكم ولد واحد فى جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يترتب على احداهما لا يلزم أن يترتب على الاخرى كما لا يخفى وأما الجواب فلانه ان أراد أنه ان ثبت العتق فى الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبى حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر أى السعاية فى بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن فى ذلك ضررا زائدا اذ الضمان فى مقابلة العتق لا يعد ضررا أصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان قيمته أى رد حصته من الثمن على المشترى فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد وان أراد أنه ان ثبت العتق فى الآخر لزم المشترى ضمان قيمته أى اتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق فى الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح فى صورة التوأمين أيضا والغرض خلافه ثم أقول بدل السؤال الثانى وجوابه ولقائل أن يقول اذا كان الحكم فى التوأمين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا والازم فى مسئلة التوأمين احتماله النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجئ فى الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثانى وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى أقول فيعارض بان الضرر الزائد الذى يلزم على تقدير ثبوت العتق فى الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق) يريد بيان رجحان ما فى جانب المشترى بأن الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق (والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لان الحقيقة أقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا باخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى أقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين أما النظر فلانا لا نسلم أن

(قوله ثم الثابت) بيان ترجيح الاعتاق على الاستلحاق فان الثابت (من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت) للبائع (فى الولد حق الدعوة وفى الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة) ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض أن الحقيقة أولى

(قال المصنف والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد الخ) أقول وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما فى الحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر

المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده

والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت

مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ألا يرى نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات فى العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى وأما الجواب فلان المجتهد بخلافنا فى مسئلة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا باحرازهم هو الشافعى وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تحطها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الاعتاق) أى فى الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته فى ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية فى صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشى (لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك (وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعنى أن ما ذكر فى الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أى عند أبى حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة فى المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبى فى الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبى حنيفة أيضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان فى الاعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف

(قوله والتدبير مثل الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) كامتناع التمليك من الغير (قوله وهذه دعوة تحرير) أى دعوة البائع (قوله فى العقد والغصب) حتى اذا اشترى أم ولد الغير وماتت فى يده لا يضمن المشترى قيمتها وكذا لو غصبها فماتت لا يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن) والفرق بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان ثمة يرد بجميع الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله هو أن فى الموت لو ثبتت أمومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك فى اعتاقها لانه يبطل العتق الثابت من المالك ولانه لو قلنا ببطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا ما اذا باع أحد التوأمين فاعتقه المشترى ثم ادعى البائع نسب الذى عنده ثبت نسبه وبطل عتق المشترى لانه ضرورى وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (قوله وليس من ضروراته) أى ثبوت أمومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما فى ولد المغرور (قوله لانه لا يحتمل النقض) أى الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب أى فى الولد وحق الاستيلاد أى فى الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله فى الفصل الاول) أراد به ما اذا ادعى

فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا وأحرزوا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما (والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله فى الفصل الاول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت وقوله هو الصحيح احترازعما ذكر شمس الائمة فى المبسوط وقاضى خان والمحبوبى انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان فى الاعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم انها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فيرد جميع الثمن والذى اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لا يبطل اعتاق المشترى قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض وأجيب بان ذلك من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة

(قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول أنت خبير بانه لا يلزم التسوية مطلقا ألا يرى أنه اذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق قال المصنف (وقوله فى الفصل الاول الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز الى قوله من الثمن الخ) أقول قال فى غاية البيان وهكذا ذكر محمد فى الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشترى الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشترى الام ثم ادعى البائع الولد قال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن الى هنا لفظ محمد وهكذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى والكرخى والطحاوى فى مختصريهما وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقى فى الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول قال الامام الزيلعى بل يرد حصة

قال(ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع)لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على مامر وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كاعتاقه

مازعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم أن الذى اختاره المصنف وصححه هو ماذكره شمس الائمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لاقيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشترى فان قيل ينبغى أن لايكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه فى ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشترى وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا فى الشروح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه (وباعه المشترى) أى ثم باعه المشترى (من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه) أى الولد ابن البائع الاول (ويبطل البيع) أى يبطل البيع الاول والثانى (لان البيع يحتمل النقض وماله) أى وما للبائع (من حق الدعوة لايحتمله) أى لايحتمل النقض (فينتقض البيع لاجله) أى لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف (وكذا) أى وكحكم المسئلة السابقة الحكم (اذا كاتب الولد) أى اذا كاتب المشترى الولد (أو رهنه أو آجره أو كاتب الام) أى كاتب المشترى الام فيما اذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أى ثم وجدت دعوة البائع (لان هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أى فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لايحتمل النقض واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير (بخلاف الاعتاق والتدبير) فانهما لايحتملان النقض (على مامر) آنفا (بخلاف ما اذا ادعاه) أى الولد (المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كاعتاقه) أى كاعتاق المشترى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فيتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فى السؤال الثابت بالاعتاق

البائع الولد وقد أعتق المشترى الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه أن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها أيضا فان قيل يجب أن لا تكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد ان حدث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشترى كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة ههنا فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض (قوله ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه

قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والاصل فى هذا انه اذا حدث فى الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعنى كان أصل العلوق فى ملكه ثم باعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة لايحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لاجل ما لايحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كاعتاقه

لولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى وفى غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخى وكفاية شمس الائمة البيهقى أنه يقسم الثمن على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر وفى الجامع الصغير اذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين أن عتق المشترى وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا

حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء انتهى أقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام فى جنس ما نحن فيه من المسائل على أن الترجيح هل هو فى جانب البائع أو فى جانب المشترى ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام على ما مر فى الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتأديه الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشترى فانتظم السؤال والجواب وان كان فى تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا فى المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسى ذكر فى المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح فى اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة كذا فى النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أى ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب أحدهما (لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا) أى كونهما من ماء واحد (لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا) أى بعد ولادة الاول (لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ولا يتصور علوق الثانى على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا فى الكافى وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمرا معلوما فى غير هذا الفن (وفى الجامع الصغير) قال فى العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى اه وقال فى معراج الدراية انما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهى قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق فى ملك المدعى اه (اذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل كذا فى العناية قال المصنف فى التعليل (لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه) أى فى أن يصادف العلوق والدعوة ملكه فان فى قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفى قوله ثم ادعى البائع الذى فى يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الاصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذى عنده أى ثبت حرية الاصل فى هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أى فيثبت نسب الولد الآخر الذى كان باعه وأعتقه المشترى (وحرية الاصل فيه) أى ويثبت حرية الاصل فى ذلك الولد أيضا (ضرورة لانهما توأمان) وهما من ماء واحد فتبين أن عتق المشترى وشراءه لاقى حر الاصل فبطل) أى فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال فى الكافى وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهى الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا) حيث

(قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا) يعنى لو بطل عتق المشترى فى

ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى قال شمس الائمة السرخسى يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان قوله (وبطل عتق المشترى) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا قوله (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا

(قوله ولقائل أن يقول الثابت الخ) أقول فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء آنفا (قوله لاشتمالها على صورة الخ) أقول ولاشتمالها على زيادة وهى قوله ولدا عنده والقدورى ساكت عنها وجواب مسئلة الجامع مبنى على هذه الزيادة (قوله قال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول وفى المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة انتهى فما فى المغرب يخالف ما ذكره شمس الائمة السرخسى

لان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على

لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه كما مر (لان هنالك) أى فى مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أى فى الولد (مقصودا) يعنى لو صحت الدعوة من البائع هنالك لبطل العتق فى الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق (وههنا) أى فى مسئلة التوأمين (يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل) أى يثبت بطلان اعتاق المشترى فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير فى حريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشترى كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا فى العناية أقول هذا شرح صحيح الا أنه يكون فى كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظى بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى أن يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمى الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية فى بيان معنى كلام المصنف ههنا أى يثبت بطلان اعتاق المشترى بطريق التبعية لحرية المشترى الذى كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعنى فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشترى لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة فى الذى باعه اهـ فان الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل أن يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد أقول لعل المحذور فيه أشد من الاول فان الحرية بعد أن تضاف الى الضمير الراجع الى المشترى لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله تثبت والا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذى ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى (فافترقا) أى فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هنالك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا قال فى معراج الدراية الى هذا أشار قاضيخان والمرغينانى فى فوائده والسرخسى فى جامعه وقال فى النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال أو نقول فى مسئلتنا لا يبطل عتق المشترى الذى يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما فى يده من أحد التوأمين أن اعتاق المشترى لم يلاق محله لانه ظهر أنه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كذا ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق فى ملكه) يعنى أن الذى ذكر من قبل اذا كان أصل العلوق فى ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذى عنده) أى ثبت نسب الولد الذى عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسبا (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشترى فيه (لان هذه) أى لان دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير) لا دعوة استيلاد (لانعدام شاهد الاتصال) أى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق فى ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على

تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة البائع وانه لا يجوز لان عتق المشترى

وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشترى كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال (ولو لم يكن أصل العلوق فى ملك المدعى ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينتقض البيع فيما باع) لانه لما لم يكن أصل العلوق فى ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعى فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على

(قوله وقد تقدم الكلام) أقول فى ظهر هذه الصحيفة (قال المصنف وهنا يثبت تبعا لحريته) أقول وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت قصدا وأصالة (قوله يثبت بطلان اعتاق المشترى فى المشترى) أقول قوله فى المشترى متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشترى كذلك) أقول أى للمشترى بالفتح (قال المصنف ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول قال الزيلعى بان اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه انتهى وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه (قوله فكان قوله هذا ابنى مجازا الخ) أقول فيه بحث لانه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذى ليس عنده بل نسب الذى عنده والمصرح خلافه فليتأمل ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبر بعد خبر وقوله مجازا حال

محل ولايته قال(واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وان جحد العبد أن يكون ابنه)

محل ولايته) أي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن أصل علوقه ما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير أقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام أنه قد مر في كتاب العتاق أنه اذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته وأما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد رجل قال) أي ذلك الرجل هو) أي الصبي (ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد أن يكون هو ابنه أقول لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وان جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا أن يحمل على التأكيد

عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوة والحق أدنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وهنا أي في مسئلة التوأمين ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل أي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى أن يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل أن يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثمة مقصودا لحق دعوة البائع وانه لا يجوز وهنا تثبت الحرية في الذي عنده ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا فتستغني عن قيام الولاية هذا اذا كان أصل العلوق في ملكه فان لم يكن أصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها يثبت نسب الولدين من البائع أيضا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بالملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس

محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعي اذا كان هو الاب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال (واذا كان الصبي في يد رجل الخ) اذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير وأما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث اما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة

وهذا عند أبي حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض ألا ترى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك

تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد أشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا أى فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال فى تقرير المسئلتين واذا كان الصبى فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا انتهى أقول الحق أن المراد ههنا هذا المعنى لوجوه أحدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها أن الابد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب فى وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة فى المعنى الاول أعنى التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال فى وقت ما فلا فائدة فى التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال وأما بالنظر الى الاوقات المذكورة فى هذا المعنى أعنى الحال والاوقات المستقبلة فهما أى المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب فى الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ويتصور ذلك منه فى الاستقبال بان يعلمه بعد أن يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود فى الحال والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل فى حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبى ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك فى حق الحاضر فلو أطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا أيضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبى فى يده وذكره فى الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين (وهذا عند أبى حنيفة) أى حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند أبى حنيفة رحمه الله وفى المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقالا اذا جحد العبد فهو) أى الصبى (ابن المولى) يعنى ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا فى النهاية قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال) أى اذا قال الذى فى يده الصبى (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا كذا فى غاية البيان (لهما أن الاقرار) أى الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدى فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار) أى فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه (والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض) أى وان كان النسب لا يحتمل النقض (ألا ترى أنه) أى الاقرار بالنسب (يعمل فيه الاكراه والهزل) حتى لو أكره ببنوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو أقر بها هازلا (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحول الولاء اليه) أى فانه يتحول الولاء الى المشترى وصار كانه لم يقر أصلا (بخلاف ما اذا صدقه) أى بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر فى مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لانه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقر له اياه

المقر له فبقى اقراره وفى الوجه الثانى لم تصح دعوته عند أبى حنيفة خلافا لهما وقالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا أكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك

(قال المصنف ألا ترى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) أقول وان كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض (قوله بخلاف ما اذا صدقه) أقول أى صدق المقر له بالنسب المقر

من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذى عند المشترى عليه (قوله ألا ترى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) لا يبطل ما لا يحتمل النقض وكذا الهزل ويبطلان الاقرار بذلك فان من أكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق ولو أكره على الاقرار بهما فاقر لا يقع كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقض ففعل فانه لا يثبت فاذا ثبت أن الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بما

نسبا

نســبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقرله على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم دعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقرله على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه كذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقرله ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم

(نسبا ثابتا من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لانه تعلق به) أي بالصبي (حق المقرله على اعتبار تصديقه) أي على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه) يعني أن لاحتمال جانب التصديق تأثيرا فيما نحن فيه كما أن لاحتمال جانب التكذيب تأثيرا في ولد الملاعنة (ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والاقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعني وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد أي لا يبطل بالتكذيب كمن أقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كذا ذكره الامام قاضيخان وذكر في الشروح (فبقي) أي فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقرله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أي فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أي ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته واعلم أن الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المصنف أثره فاوردها ههنا كذلك وأما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكر أنها أيضا على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما انتهى (وهذا) اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد (لانه تعلق به) أي بالنسب (حق المقرله على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أي من المقرله ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه الى النسب (فلا يرتد برد المقرله) لتعلق وحقه حق الولد هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها أيضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة لي ما قاله (ولو سلم) أي ولو سلم كون مسئلة الولاء على

يحتمل النقض ثبت أنه يرتد بالرد (قوله فبقي) أي بقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقرله كما اذا أقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك ثم اشتراه يعتق عليه (قوله فردت شهادته) لتهمة كالفسق والقرابة (قوله ثم ادعاه لنفسه) يعني لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بانه ثابت النسب من المدعي والاقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض (قوله وكذا تعلق به حق الولد) انما قاله لان الاقرار حق المقرله فينبغي أن يرتد برده كما في الاقرار بالدين فقال محمد رحمه الله هذا الاقرار ليس بحق المقرله على الخلوص بل تعلق به حق الولد أيضا (قوله ولو سلم الى آخره) يعني أن الولاء أثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم الملك والملك يتحول من شخص الى

نســبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقرله على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقرله به وبتكذيب العبد لا يبطل شئ منهما أما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا وأما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضا وهو لا يقدر على ابطاله وذكر الامام فخر الاسلام من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك أوردها المصنف وذكر الاسبيجابي أنها على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استشهادهما بها بانها على الخلاف فلا تنهض شاهدة سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه

(قال المصنف ولابي حنيفة أن النسب الخ) أقول ولا جواب فيما ذكره عن قولهما ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل (قوله لعدم احتمال النقض) أقول فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثاني فلانه الخ) أقول لا يخفى عليك عدم ملاءمة الشرح للمشروح (قال المصنف ثم ادعاه لنفسه) أقول فانها لا تصح لكن ذكر العلامة علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لا يقبل عنده خلافا لهما (قال المصنف وهذا لانه تعلق به حق المقرله) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله لا يحتمل النقض انتهى وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على مامر وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره

الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه كذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية وغيرها (ماهو أقوى وهو دعوى المشترى) لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية وأكثر الشراح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر اه ولا يخفى دلالته على ما قلنا الى هنا كلام ذلك البعض أقول بحثه ظاهر السقوط لان المشترى انما أقر أولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال أى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان أقر ابتداء بانه معتق نفسه أو كان أقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس وأما ما ذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى أن مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لا شك فى قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فيبطل به) أى يبطل الولاء الموقوف باعتراض ماهو الاقوى الذى هو دعوى المشترى (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شئ أصلا (على مامر) وهذا اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه أخذ أكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا والحاصل أن النسب ألزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان فى الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى اقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبى حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشترى على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فانه يقطع دعوى البائع (باقراره بالنسب لغيره) قال الامام المحبوبى صورته رجل فى يده صبى ولد فى ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشترى أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يأمن المشترى من انتقاض البيع بالدعوى عند أبى حنيفة فان هذا يكون حيلة عنده وفى الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسئلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون

ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ماهو أقوى وهو دعوى المشترى لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على مامر أن النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا أى حيلة على أصل أبى حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشترى عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

(قوله ولم يتقرر لانه الخ) أقول تامل فى صحة هذا التعليل فان سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ الا أنه لم يتوجه (قوله لان الملك له قائم فى الحال) أقول فيه بحث كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلنا فليتامل

شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف يرفعه وكذا الولاء يتحول أيضا من شخص الى شخص (قوله كجر الولاء) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الولد الى نفسه (قوله ماهو أقوى) وهو دعوى المشترى وانما كان دعواه أقوى لان الملك له قائم فى الحال ظاهرا فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك (قوله بخلاف النسب على مامر) أى فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن (قوله وهذا يصلح مخرجا) أى قوله هذا ابن عبدى فمن يبيع الولد ويخاف أن يدعيه البائع فينتقض البيع فيأمر البائع ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض

قال

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح) أينما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام أي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ (٢٨٩) ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر الها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله أعلم بالصوب

(قال المصنف اذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول الظاهر أن يقال دلائل الاسلام لان بمجرد التوحيد لا يتحقق الاسلام (قوله ولقائل أن يقول هذا يخالف الخ) أقول فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتامل (قوله لان دعوته لا تحتمل الخ) أقول ههنا نوع مصادرة

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

مخرجا على قول الكل كذا في النهاية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبدا للمسلم كذا في النهاية قال المصنف (لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضا) يعني ان الاسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعارضا (ولا تعارض) أي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا (لان نظر الصبي في هذا أوفر) يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه) أي وفي عكس ماذكرناه (الحكم بالاسلام تبعا) أي ينال الحكم بالاسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعها اكتسابها) أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحق عندي أيضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل أن يقول هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى أقول ليس مراد صاحب العناية أن هذا يخالف الكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ماذكره ذلك البعض بل مراده انه يخالف الكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا أما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما أعني الرقيق والرقيقة كما اشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من

البيع فان هذا يكون حيلة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الغائب لو صدق أو كذب أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند أبي حنيفة رحمه الله والحيلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن فلان الميت حتى لا يتأتى منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله (قوله ولا تعارض) أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبد الواحد وابنا للآخر (قوله وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا) يعني لو جعلناه عبد المسلم جعلناه مسلما تبعا وحرمناه عن الحرية لانه ليس

النظم الشريف يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر وأما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبدالله وأمته عامين للحر والحرة أيضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين أي ولامرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة وكذلك ولعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيدالله واماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية تفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود الاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى أقول فيه بحث لان كون مدعي النسب أبا أول المسئلة فذكره ههنا مؤد الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام في أن ما يؤدي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للمرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر انتهى فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني اذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين أعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى أقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له وان الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لا يتصور النزاع بينهما رأسا ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المصنف مانعا آخر من الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لان نظر الصبي في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ألا يرى أن الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في هذا أوفر الخ أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر فكأنه غافل بالكلية وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر بالواو

في وسعها كتساب الحرية

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين قال (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد أما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلابد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

الا هم الا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أي دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) أي للصبي ونوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاء مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه أشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية أقول ولقائل أن يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لانها تدعى تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق الا بحجة) يعني أن المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وان أنكرت المرأة (لانه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارة (لان الحاجة الى تعيين الولد) بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة أما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المصنف ومنهم من أجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها

(قوله وهو أوفر النظرين) لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه (قوله ومعنى المسئلة أن تكون المرأة) ذات زوج انما قيد بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشايخ من أجرى المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله (قوله بخلاف الرجل) أي يصدق الرجل في دعوى

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاء مسلم ومسلمة انه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساوتا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه أشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه قال (واذا ادعت المرأة صبيا الخ) اذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فاما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب

(قوله ولم يترجح جانب الاسلام) أقول بل ترجح خلافه

(وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما

سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة ووجه الفرق أن الاصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففيما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا في الشروح أقول فيه بحث أما أولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا أنه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل أصلا أي ولو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها امر عا أكثر من أن تحصى فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما أمكنه اثبات نسبه منه لزمه أيضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب وأما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسئلتنا لان كون المدعى مما يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما بين الا أنه مما لم ينكره أحد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المصنف في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر (وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أي ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) أي وصدق (الزوج) اياها (فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) أي وان لم تشهد امرأة على الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة (لانه) أي الزوج (التزم نسبه) أي نسب الولد (فاغنى ذلك عن الحجة) لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة أولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وان كان الصبي في أيديهما) أي في أيدي الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أي زعم الزوج أن الصبي ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أي وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أي كان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا قال المصنف في تعليلها (لان الظاهر أن الولد منهما) أي من الزوجين اللذين كان الولد في أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول فيه شيء وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا في مسئلتنا

الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين أحدهما هو أن دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك أمر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها يقبل قولها حضت لهذا اما امرأته فيمكنها

على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا والفرق هو أن الاصل أن كل من يدعى أمرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى أمرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما (ولو كان الصبي في أيديهما) أراد صبيا

(قوله والفرق الخ) أقول يعني الفرق بين الرجل والمرأة

ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم

أيضا ينبغي أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أي من الزوجين (يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (الا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لان المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح أن دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب أقوى من النفي وذكر فيه أيضا اذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول الذي نقل عن الايضاح أولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتأمل (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده) يعني ولدت ولدا من المشتري (فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين) بأي سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها (أو نكاح) عطف على يمين والمعنى أو معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) أي تلد المرأة ممن يطأها (ثم تستحق) بان يظهر بالبينة كونها أمة ههنا تم تفسير ولد المغرور (وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم) فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف أيضا بين السلف أنه مضمون على الاب الا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب أصحابنا لانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية أقول يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا أن السلف

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة كما اذا علق

لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها والمذهب أصحابنا فانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية

(قوله وتاويل الحديث) أقول أي على تقدير انه حديث والله أعلم

ولان لنظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد لاشئ على الاب) لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته) لان

وان اختلفوا فى كيفية تضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم الا أن الخلاف مرتفع فى الحقيقة بتاويل كلام عمر رضى الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولان النظر من الجانبين واجب) اذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح فى الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقهما بقدر الامكان وذا بان يحيى حق المستحق فى معنى المملوك ويحيى حق المغرور فى صورته كذا فى الكافى (فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل فى يده) أى فى يد المغرور (من غير صنعه) أى من غير تعد منه كذا فى العناية (فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة) فانه أمانة فى يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع (فلهذا) أى فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع) وذكر فى شرح الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يعلق فى حق المستولد حرا و يعلق فى حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو عبدا ماذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجىء ذلك فى كتاب المكاتب كذا فى غاية البيان (ولو مات الولد) يعنى لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لاشئ على الاب) أى ليس على الاب شئ من قيمته (لانعدام المنع) اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا فى الكافى (وكذا لو ترك مالا) أى وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فاخذه أبوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لان الارث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه (والمال لابيه لانه) أى الولد (حر الاصل فى حقه) أى فى حق أبيه كما مر (فيرثه) فان قيل الولد وان كان حر الاصل فى حق أبيه الا أنه رقيق فى حق مدعيه فينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا فى الشروح والكافى أقول ينافى هذا الجواب ظاهر ما ذكر فى شرح الطحاوى على ما نقلناه آنفا فليتأمل فى التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الاب يغرم قيمته) أى يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أى فأخذ الاب ديته (لان

طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق الا ببينة لانكان الاثبات بالبينة والثانى أن دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شئ من ذلك والدعوى لا تقبل الا بحجة وان كان الصبى فى أيديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه بتصديقه (قوله فيجعل الولد حر الاصل فى حق الاب) لان مقصوده من الاستيلاد انعلاق ولده حرا اذ لو علم بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاد فيجعل حر الاصل تحقيقا لمقصوده (قوله وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه) أى عن الولد بخلاف الدية لانها بدله فمنعها كمنع الولد فيأخذ قيمته (قوله فيرثه) فان قيل الولد ان كان حرا فى حق أبيه فهو رقيق فى حق مدعيه فوجب أن يكون المال بينهما قلنا الولد حر الاصل فى حق المدعى أيضا حتى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله فاخذ ديته) قيد بالاخذ ذكر فى المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع

ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل فى يده من غير صنعه يعنى من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه لا يقال ينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل فى حق أبيه رقيق فى حق المدعى لانه علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وأنه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لان

سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (و يرجع بقيمة الولد على بائعه) لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب

(كتاب الاقرار)

سلامة بدله له) أى لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما اذا كان حيا) وأما اذا لم يأخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا أى لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير وذكر فى المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا فى النهاية والكفاية (و يرجع بقيمة الولد على بائعه) أى و يرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه (لانه) أى بائعه (ضمن له) أى للمشترى (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا فى معراج الدراية و يساعده تقرير صاحب النهاية أقول يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة فى أن البائع ضامن للمشترى سلامة المبيع عن العيب الا أن المبيع فى مسئلتنا هى الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا فى بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعنى أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى أقول و يرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذى يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم فى عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك أن الولد فى مسئلتنا ممن حدث بعد البيع والحق عندى فى هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين و يقال فى بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشترى سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية أى بالثمن الذى أداه المشترى الى البائع فالضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد اه واختار صاحب العناية من بين هذه المعانى الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها اه وأقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن فى تذكير الضمير ههنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير أى ورجع بقيمة الولد كثمن الام (بخلاف العقر) يعنى أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لانه) أى لان العقر (لزمه) أى لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة أى منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانا كذا فى النهاية وغيرها

(كتاب الاقرار)

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب

لا يتحقق فى ما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المنقول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد (قوله لانه ضمن له سلامته) يعنى أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم (قوله كما يرجع بثمنه) أى بالثمن الذى أداه المشترى الى البائع والضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه أحد والله أعلم

(كتاب الاقرار)

سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا و يرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاقرار)

قال فى النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار

(كتاب الاقرار)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله والصلاة على سيدنا محمد الذى ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شأنه وصدق مقاله وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين فى تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فان الاستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة فى المبسوط وهى رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق فى تصحيحها وحقق فى

والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجه على المدعى عليه نامره لايخلو اما أن يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما او بعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فامر صاحب المال بماله لايخلو اما أن يستربح منه أولا فان استربح منه فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة بين الاجزاء بالتمام حررناها تبركا وتيمنا فى أول ذلك الكتاب ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب وهذا نص عبارة الاستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد *(بسم الله الرحمن الرحيم)* سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم نسألك أن تصلى وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم وترشدنا الى سبيل السداد والصواب وتهدينا الى الصراط المستقيم ﴿ رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم فانكر وقال كان دينى لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها اليك وأديتها لك فقال تلك الخمسة آلاف التى أديتها هل هى من تلك الاثنى عشر ألفا فقال نعم هى منها فهذا اقرار بالاثنى عشر ألفا الظاهر أن اشارة المدعى فى الاستفهام الى الاثنى عشر ألفا الذى كان موصوفا بالوجوب فى ذمة المدعى عليه والا لكان كلامه لغوا محضا لافائدة فيه وكلام العاقل لايحمل على اللغو الا اذا تعذر حمله على الصحة كذا فى المبسوط فى باب ما يكون اقرارا فسواء أجاب

المدعى عليه بقوله نعم هى منها باثبات لفظ نعم على ما فى بعض صور الاستفتاء أو بقوله هى منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكانه قال نعم هى من تلك الاثنى عشر ألفا الذى كان لك على فلو صرح بهذا لكان اقرارا فكذا هذا قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط رجل قال لآخر اقض الالف التى لى عليك فقال نعم فقد أقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم أعطيك الالف الذى لك على ثم قال وعلى هذا الاصل يبتنى بعض مسائل الباب وبعض مسائل مبنية على انه متى ذكر فى معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا مجيبا الا أن يذكر فيه ماهو كناية عن المال المذكور فحينئذ لابد من أن يحمل على الجواب الى هنا عبارته وقال الشيخ قوام الدين الاتقانى فى غاية البيان الاصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فانه يجعل مربوطا بما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لانه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن واذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فانه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك وفى الكافى للعلامة النسفى لو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى أو قضيتكه فهو اقرار لان الكناية تنصرف الى الالف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكانه قال انتقد أو اتزن أو أجل او قضيت الالف الواجب لك على وفى شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعى الاصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للجواب أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك فى كونه جوابا لئلا يلزم المال بالشك فان ذكر الهاء فى الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا واذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه وذكر

وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لايخلو اما ان يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما او بعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فامر صاحب المال لايخلو اما أن يستربح منه أولا فان استربح فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة كذا فى الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع ألسنتهم عن ذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وازالة الذول ثم ان ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة أما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح وقال فى العناية الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى أقول لقد أصاب

اذا أقر الحر البالغ العاقل بحق *الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء ألا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب فى اقراره لا يحل له اذا أخذه عن كره منه فيما بينه

توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الاقرار ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة فى الزمان السابق فلما انتهينا الى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة

الامام فخر الدين الشهير بقاضيخان الكلام اذا خرج على وجه الكناية عن المال الذى ادعاه المدعى يكون اقرارا الى غير ذلك مما ذكر فى الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة ثم اذا كان هذا الكلام اقرارا الا بغيره الانكار سابقا كان أولاحقا بناء على اطلاق الكتب وهى تكفى دليلا لنا فى أمثال ذلك ومن ادعى التقييد بعدم سبق الانكار فعليه البيان والاظهار ومما يجرى مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك اقرار ماذكر فى أكثر كتب الفتاوى وهو لو قال مرا آدين جله پنج درم داده نيست يكون اقرارا بجميع ما ادعى لان الجلة اشارة الى ما ادعى من حقه عليه فانه فى غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها فان قيل قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال پنج درم داده نيست از انجه دعوى ميكنى لا يكون اقرارا فما الفرق بينهما حتى تكون احداهما اقرارا دون الاخرى وفى الخانية رجل ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه أعطيتك دعوالك لم يكن اقرارا وكذا لو قال المدعى عليه أخرعنى دعوالك شهرا أو قال أخر الذى ادعيت لم يكن اقرارا ولو قال (٢٩٧) أخرعنى دعوالك حتى يقدم مالى فاعطيكها يكون اقرارا ولو قال حتى يقدم مالى فاعطيك دعوالك فليس باقرار انتهى قلنا الفرق بين جلى فان اسم الاشارة فى الاولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع وفى الثانية الى المال الواجب فى زعم المدعى كانه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه فى زعم المدعى وادعائه فاذا أشير الى المدلول نفسه يكون الكلام الاول كالمعاد ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون اقرارا واذا أشير اليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلا يكون اقرارا فان قيل ذكر فى الخانية قال

لا آخر لى عليك ألف درهم فقال لا اعطيكها لا يكون اقرارا وفى التاتارخانية والبزازية اذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى الذمة فانتقض ماذكرتم قلنا لا نسلم الانتقاض فان فى صورة النفى يحتمل توجه النفى الى جميع ماسبق ذكره كما فى قوله تعالى لا يسألون الناس الحافا وقول الشاعر * على لاحب لا يهتدى بمناره * قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط فى مسئلة ما لو قال أسرج دابتى هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال لا حيث لا يكون اقرارا فى عامة الروايات اذ لا جواب هو نفى فيكون موجبه ضد موجب جواب هو اثبات وهو قوله نعم فاذا جعل ذلك اقرارا عرفنا أن هذا لا يكون اقرارا وهذا لانه نفى جميع ماسبق ذكره فكانه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لان هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك انتهى مع أن قوله لا أعطيكها اقرار فى بعض الروايات وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور اقرارا بانه اذا قال هى منه لزمه القول والاعتراف بانه قضى خمسة

صاحب العناية فى بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة أما الاول فلان أخذ الاقرار فى تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يختل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لا يخفى وأيضا الظاهر أن الاقرار فى اللغة ليس بمخصوص باثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا وأما الثانى فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضا وانما يمتاز الاقرار الشرعى عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد فى تعريف الاقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة وأما اذا أطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول فى تعريف العامة أيضا شئ أما الاول فلانه قد تقرر فى كتب الاصول أن التصرفات اما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى أن الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعا وأما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشئ من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع أنه يصدق عليه أنه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن أن يجاب عن الثانى بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضى أن لا يكون صحيحا شرعا لا أن يكون اقرارا مطلقا فى الشرع فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار فى الشرع سواء كان صحيحا أو فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضى فى تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به فى موضعه وأما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب وأما شرطه فسيأتى فى الكتاب وأما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار وأما حكمه فظهور ما أقر به لا ثبوته ابتداء ألا ترى أنه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه

وبين الله تعالى الا أن يسلم عن طيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دليلا

قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره)

وبين الله تعالى الا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رد. كذا فى الكافى وغيره وقال صاحب النهاية ومن محذو حذوه وحكمه لزوم ما أقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احداها أن الرجل اذا أقر بعين لا يملكه يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية أن الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة أن المريض الذى لا دين عليه اذا أقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة أن العبد المأذون اذا أقر لرجل بعين فى يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز فى الكثير وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ بيانه أن الله تعالى أمر باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شئ لما أمر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما فى نهى الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى قالوا أقررنا بيانه أنه طلب منهم الاقرار ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضى الله عنهما أى شاهد بالحق وأما السنة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقرار بالزنا والغامدية باعترافها وقال فى قصة العسيف واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران فى كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلأن يكون حجة فى غيره أولى وأما الاجماع فان المسلمين أجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وأما المعقول فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الاصل لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق الغير أما فى حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعى الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) أى لزم المقر (اقراره) أى موجب اقراره أو ما أقر به أقول يرد عليه النقض بما اذا أقر الحر

على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه هو

آلاف فهذا اقرار بالمدعى كما فى قوله قضيتك بعضا منها أو أخذت شيأ منها أقول فيه تأمل فانه اذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بان خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس اقرارا بالالف ويجوز أن يجاب بان لزوم تقييد الاثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل) الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا

أما خمسمائة فنعم فليتدبر * (تذييل) * قال فى المحيط فى أول باب الاقرار بالبراءة وغيرها قال هو برئ من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة على لا تستعمل الا فى الديون فلا يدخل تحتها الامانات ولو قال من مالى عنده يتناول الامانات دون المضمونات لان كلمة عند تستعمل فى الامانات دون المضمونات ألا ترى لو قال لفلان عندى ألف درهم كان اقرارا بالامانة والبراءة عن الاعيان بالاسقاط والابراء باطلة حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لان العين لا تقبل الاسقاط فاما ثبوت البراءة عن الاعيان بالنفى من الاصل أو رد العين الى صاحبه صحيح حتى لو قال لا ملك لى فى هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه وقوله هو برئ من مالى عنده اخبار عن ثبوت البراءة وليس بانشاء للابراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفى من الاصل أو الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه وقال فى المحيط فى هذا الباب لو قال كل من لى عليه دين فهو برئ منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه الا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا برئ من مالى عليه أو قبيلة فلان وهم حضور وكذلك لو قال استوفيت جميع مالى على الناس من الديون لا يصح لما عرف فى كتاب الوهبة فى باب هبة الدين وقال فى المحيط فى باب الاقرار بالعتق والكتابة والتدبير أقر انه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة لأن الظاهر ان العاقل صادق فى اقراره واخباره باعتبار عقله ودينه فاذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى لانه مطلع على الظاهر لا على الضمير ويصدق ديانة لان الله تعالى مطلع على ضميره ولو أقر أنه أعتق عبده هذا لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه واقامة الثانى مقام الاول صحيح والرجوع عن الاول لا يصح كما فى الطلاق تمت الرسالة (قال المصنف واذا أقر الحر البالغ العاقل الخ) أقول قال الزيلعى كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر مجهولا

مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضى الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه

البالغ العاقل بحق مكره فانه لا يلزمه اقراره فكان لابد من ذكر الطائع أيضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما (مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) هذا أيضا لفظ القدورى يعنى لافرق فى صحة الاقرار ولزومه بين أن يكون ما أقر به معلوما أو مجهولا كما سيأتى تفصيله قال المصنف (اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء فى الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح (وانه ملزم) أى وان الاقرار ملزم على المقر ما أقر به (لوقوعه) أى لوقوع الاقرار (دلالة) أى دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد أشار المصنف رحمه الله الى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره) أى باقراره بالزنا (وتلك المرأة) أى وكيف ألزم تلك المرأة وهى الغامدية الرجم (باعترافها) أى باعترافها بالزنا أيضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما فى غيره أولى كذا قالوا أقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ماذكره المصنف فيما سيأتى فكان ملزما فى حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل فى الدفع (وهو) أى الاقرار (حجة قاصرة) أى قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أى على المقر نفسه حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فتتعدى الى الكل أما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ فى حق المقر وحده كذا فى الكافى وغيره واعلم أن هذا لا ينافى ماذكروا أن الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافى اتصافه

الاقرار (قوله وتلك المرأة باعترافها) هى الغامدية وهى التى أقر الماعز انه زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس أغد يا أنس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت فلما جعل الاقرار حجة فى الحدود التى تدرأ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيرها أولى (قوله وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم

وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به فى باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما فى غيره أولى وهو حجة قاصرة أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغيرا لحجة غير ملزم وأما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية فى الاقرار على غيره فبقى على التردد النافى لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار

الحر لان الانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للعال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى ولا يخالف هذا ماذكره المصنف لان المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب اقراره فى الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه اقراره لا لصحة الاقرار فليتأمل فان ظاهر قوله ليصح اقراره مطلقا وقوله لا يصح اقراره بالمال ينبو عما ذكرنا وباب التاويل مفتوح (قوله وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول لعله ينتقض بالاقرار بانه لا حق له على فلان و بالابراء و باسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة الا أن يقال المعرف هو الاقرار فى الاموال كما يدل عليه ماذكر فى الدليل المعقول ووجه التقديم وفيه تامل قال الامام العلامة الكاكى فى شرح قولهم عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق أى الحق المعين على نفسه انتهى وفى عبارة التعين تامل الا أنه لابد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة وقال الكاكى وسببه ارادة اسقاط الواجب عن ذمته انتهى وقال فى النهاية وركنه الالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول فيه نوع مصادرة ويندفع بالتحقيق الذى نذكره بعد أسطر (قوله على المخبر به) أقول كوجوب المال اذا قال له على كذا (قوله أما حجيته فلما تبين أنه ملزم) أقول دليل من الشكل الثانى

وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أى فى المال وغيره (فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار) حتى اذا أقر بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية وكان هذا اعتذار عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ اهـ أقول ليس ماذكره بصحيح اذ قد صرحوا فى مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلا خلاف حتى أن الشارح المذكور قال فى أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفى قلنا ذلك فى النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه ولو سلم أن لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصد نفى لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شئ اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح أما أولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الخ فى أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة بين العبيد وأما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له فى الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المصنف ههنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة فى كلام القدورى بان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين أعنى البلوغ والعقل تامل تقف ثم أقول بقى بحث فى كلام المصنف أما أولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر فى حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطا وقطع يد رجل عمدا أو خطأ لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك فى صحة اقرار الحر بتلك الامور فكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا أن يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار على الفرض والمبالغة وأما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ فى حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه فى الحال كما صرح به فى كتاب الحجر فما معنى نفى صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال لا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح فى الحال لا أنه لا يصح مطلقا فيوافق ماذكر فى كتاب الحجر لانا نقول لا شك أن مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية فى مسئلة الكتاب والمذكور فى جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا أى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب وأيضا عدم اللزوم فى الحال يوجد فى الحر أيضا كما اذا أقر بالديون المؤجلة وكما اذا أقر لانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه فى الحال واذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها الى المقر له على أن الذى ذكره المصنف ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم اقراره بالمال فى الحال كما ذكر فى كتاب الحجر عدم صحة اقراره به فى الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا أن تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال فى البدائع وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب

ومدبره ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم (قوله وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أى فى المال وغيره

ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكأن هذا اعتذار عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له

(قوله ولعله الى قوله فلا يرد عليه شئ) أقول أنت خبير بانهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة فى باب المهر بان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلا خلاف فقوله ساكت عنه غير مسلم ولو سلم فالسكوت فى هذا المقام يحتاج الى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول كونه معذرة هو الظاهر الجلى (قوله وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد) أقول التفرقة الاولى ليست بين العبيد بل بين اقرارى العبد المحجور ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب (قوله وحجر المحجور) أقول عطف على صحة

لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا أنه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحد والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال وأما اذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره هنا (لان اقراره) أي اقرار العبد المحجور عليه (عهد) أي عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره (وهي) أي رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أي على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لانه) أي المأذون (مسلط عليه) أي على الاقرار (من جهته) أي من جهة المولى لان الاذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره انحسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا أن اقراره لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعاملونه معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أي القصاص (لانه) أي لان العبد (مبقى على أصل الحرية في ذلك) أي في الحد والدم بتأويل المذكور أو لجواز استعمال ذلك في المثنى أيضا كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك (حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه) أي فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى أقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه أصالة ولا يضره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحياة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها والخلاص ما حققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم باقرارهما شيء (الا اذا كان الصبي مأذونا له) فحينئذ يصح اقراره في قدر ما أذن له فيه (لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن) لاعتبار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من أهل المعرفة

(قوله بخلاف المأذون) لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا أقر بدين لرجل أو وديعة أو غصب أو عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا أذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (قوله الا اذا كان الصبي مأذونا) في التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل أو غصب

وقوله (لان اقراره الخ) دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه أي اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة أذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا أن اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على أصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما

(قوله وهي مال المولى) أقول قوله وهي راجع الى الرقبة (قال المصنف بخلاف المأذون) أقول فيما هو من باب التجارة وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير أذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول قوله هو راجع الى الموصول (قوله لان الناس لا يبايعونه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لان وجوب العقوبة بناء الخ) أقول ما ذكره لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول (قوله لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين) أقول الدلالة الاذن على عقله

بجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى
عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعى والحق قد
يلزمه مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد منا ألف واذا أقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه

(قوله وعورض الى قوله وليست بصحيحة) أقول ويجوز توجيهه نقضا بل ذلك أظهر ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى (قال المصنف بخلاف الجهالة في المقر له) أقول هذا الكلام في الشرح ناظر الى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوما قال العلامة النسفي اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يصلح مستحقا وان لم تكن بان أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فانه لا يصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى وظاهر أن يختار المصنف ما ذهب اليه شمس الائمة

وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته

والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحى كذا في الكافى ومعراج الدراية (وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار) يعنى لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شئ أو حق يصح الاقرار ويلزمه ما أقر به (لان الحق قد يلزم مجهولا) يعنى أن الحق قد يلزم الانسان مجهولا (بان أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها) لان الواجب في الجراحات أن يستأنى حولا فلا يعلم في الحال موجبه (أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به) أى بما بقى من الحساب (علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أى فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وأن الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور أما الاقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط (بخلاف الجهالة في المقر له) يعنى أنها تمنع صحة الاقرار (لان المجهول لا يصلح مستحقا) ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفى في واقعاته أن جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس أما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسى لا يصح الاقرار في هذه الصورة أيضا لانه اقرار للمجهول وأنه لا يفيد لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان ههنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفى الكافى والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوى وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه أقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لانه متعين وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولا يدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدورى في مختصره يعنى يقال للمقر فيما أقر بمجهول (لان التجهيل من جهته) أى من جهة المقر يعنى أن الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لا بد أن يبين شيأ يثبت دينا في

أو وديعة أو عارية أو مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن تجارة مطلقة (قوله وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار) علم أن الجهالة التى تتعلق بالاقرار لا تخلو عن ثلاثة أوجه اما أن تكون الجهالة في المقر أو في المقر له أو في المقر به فالاولان تمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة المقر له كما اذا قال لرجل على ألف درهم أو يقول لزيد على ألف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الا أن يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحد ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار والبيان في ذلك الى المقر لانه هو المجمل فعليه بيانه كذا في شرح الطحاوى (قوله والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح

فصار كما اذا أعتق أحد عبديه (فان لم يبين أجبره القاضي على البيان) لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان على حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا

الذمة قل أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان (فصار كما اذا أعتق أحد عبديه) أي فصار اقراره بالمجهول كما اذا أعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه (فان لم يبين) أي فان لم يبين المقر ما أجمله (أجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره) بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره (وذلك) أي الخروج عما لزمه بصحيح اقراره (بالبيان) لا غيره وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان أصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان أقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك فاذا ادعى أو أقر أو أنكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه أخبر عن الوجوب في ذمته) كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام (وما لا قيمة له لا يجب فيها) أي في الذمة (فاذا بين غير ذلك) أي غير ماله قيمة (يكون رجوعا) عن الاقرار فلا يقبل (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قوله) أي قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) أي مما بينه يعني اذا بين المقر ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أولا فان ساعده أخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لانه) أي لان المقر (هو المنكر فيه) أي فيما يدعي عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف (وكذا اذا قال لفلان على حق) أي لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان أيضا والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس أو أودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشئ لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا

به) أي بكون المقر به مجهولا (قوله وكذا اذا قال لفلان على حق لما بينا) أي لانه أخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية (قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا) ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به

البيان كما اذا أعتق أحد عبديه فان لم يبين أجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقرار وذلك أي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة لانه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أولا فان ساعده أخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان على حق لما بينا انه أخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار أو في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد أشار اليه بقوله

(قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول يعني أن ذلك حقيقة شرعية وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف فان لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الاعم من المعنى الحقيقي

ويجب أن يبين ماهو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة

أنه باع منه شيا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيأ مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني (ويجب أن يبين ماهو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة) أي اعتمادا عليها واعلم أنه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيا فالاقرار صحيح ويلزمه ما يبينه ولا بد أن يبين شيا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ماهو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيا يكون اقرارا بشراء ماهو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ويستوي أن يبين شيا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة واختلف المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الاموال وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ماوراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار ههنا قول مشايخ ماوراء النهر حيث قال ويجب أن يبين ماهو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم في العرف هذا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيا وجب عليه أن يبين ماهو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار أو في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه تزيل يده هو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيما لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الاموال كما صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا أن حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيه بان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال وأما ثانيا فلان قوله وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب أن يبين ماهو مال

ما يبينه ولا بد من أن يبين شيا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ماهو مال وما يثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله

(تعويلا على العادة) قال

(ولو)

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به (الا أنه لا يصدق في أقل من درهم) لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم) لانه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب

يجري فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه التمانع منها الا أن العادة خصصته بالاول فلا بد أن يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فانه لا يصح قطعا وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو أعم منها فلا اشارة اليه في كلامه أصلا كيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية تخلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه) وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال أحد في اقراره لفلان على مال فالرجوع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف في تعليله (لانه المجمل) يعني أن المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل الى المجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) هذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله (لان كل ذلك مال فانه) أي المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف (الا أنه) أي المقر (لا يصدق في أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أيضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد أشار اليه بقوله (لانه) أي الاقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فان ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله اذا بين أقل من درهم وقال بعضهم ينبغي أن يقبل قوله في البيان لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح أنه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون أقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه اهـ كلامه وقال الناطفي في أجناسه وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال الهاروني لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه الى هنا لفظ الاجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم) هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان على مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم وقال الشافعي هو مثل الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد أشار المصنف اليه بقوله (لانه أقر بمال موصوف) أي موصوف بوصف العظم (فلا يجوز الغاء الوصف) بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) في الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغني عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد في الاصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه فأراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبي حنيفة) أي روي عنه (أنه) أي المقر في هذا الفصل (لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لانه) أي لان هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر

اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من أن يبين ما لا يجري

(ولو قال لفلان على مال الخ) اذا قال في اقراره لفلان على مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا فيه الغاء لوصف العظم ولا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لان صاحبه يعد غنيا فلا بد من البيان به فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان أقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه وفي الدينار بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول أبي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه أنه قال لا يصدق في أقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

وهذا اذا قال من الدراهم أما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام

عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لانه أقل مال له خطر في الشرع اه وذكره صاحب العناية أيضا بقيل خلا قوله لانه أقل مال له خطر في الشرع أقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين وانما النزاع في أن ذلك العظيم ماذا هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه أقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني حقير وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح (وهذا) أي ماذكر من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (اذا قال من الدراهم) أي اذا قال له على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا اذا قال من الدراهم أي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير (أما اذا قال من الدنانير) أي اذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أي في الدنانير (بالعشرين) أي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكاة في الذهب (وفي الابل بخمس وعشرين) يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا (لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل أنه اذا بين بجنس من أجناس الاموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي أن يقدر في الابل بخمس لانه تجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا في الكافي وبعض الشروح (وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب أي بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) أي ولو قال على أموال عظام بصيغة

فيه التمانع بين الناس حتى ان فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا انما يجرى فيه التمانع فاذا بين شيأ بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا كان أو مفصولا ثم ان ساعده المقر له على ما بينه أخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا لاقراره وتبقى دعواه شيأ آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين أن يبين شيأ يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند أبي حنيفة رحمه الله واختلفت المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول وفي الايضاح وهذا اختيار مشايخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الاموال وأكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفي الايضاح وأما اختيار أهل ماوراء النهر لا بد من أن يبين شيأ له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار في الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة أي لان مطلق اسم الغصب يطلق على أخذ مال متقوم في العرف (قوله وفي الابل بخمس وعشرين) كان ينبغي أن يقدر فيه بخمس لانه تجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى

وهو المال الذي تجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح على قوله أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام

(قوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة) أقول قال الاتقاني لانه أقل مال له خطر في الشرع انتهى وفيه تفاوت لما لم يذكره الشارح

فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه

الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) أى من أى نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك (اعتبار الادنى الجمع) فان أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهو ثلاثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفى غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقى فى كفايته عن أبى يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضى ضعف ذلك فيقتضى ثمانية عشر وفى الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أى لو قال لفلان على دراهم كثيرة (لم يصدق فى أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) وعند الشافعى يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان على دنانير كثيرة لم يصدق عند أبى حنيفة فى أقل من عشرة دنانير وعندهما فى أقل من عشرين مثقالا وعند الشافعى فى أقل من ثلاثة دنانير كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وقال القدورى فى كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة مثل قولهما وجه قول الشافعى أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهى الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثيرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم أما من حيث الحقيقة فلان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد وأما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون فى ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين وأما من حيث الحكم فلان حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما فى نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما فى نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما فى الاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فاذا تعذر العمل بها الغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة ووجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار اليه المصنف بقوله (لان صاحب النصاب) يعنى صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أى بخلاف مادون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية فى تقرير دليلهما وقالا أمكن العمل بها أى بالكثرة حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الالغاء اهـ أقول فيه نظر لان نصاب الزكاة وان كان له كثرة فى ترتب حكم وجوب الزكاة الا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عند ناله

تجب فيه الزكاة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك فى كل جنس يريده حتى لو أراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان أقل الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزم مائتان ولو قال على دريهم أو دنينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص

فالتقدير فى ثلاثة نصب من أى نوع سماه اعتبار الادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة وفى أقل من مائتى درهم عندهما) وفى أقل من ثلاثة عند الشافعى لان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما فى السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها وبأكثر من ذلك كالاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا أمكن العمل بها حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الالغاء وقال أبو حنيفة الدراهم مميز يقع به تمييز العدد

(قوله لان الكثرة الخ) أقول قوله لان الكثرة تعليل لقوله وفى أقل الخ (قوله كما فى السرقة والمهر الخ) أقول كما فى السرقة مثال العشرة يعنى على مذهبنا وقوله والمهر نظير الاقل على مذهبه

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه

أيضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل بأحداها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيأ وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به أولى من الالغاء لان أولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما ولابي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي لكن أمكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة فاما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه أقول فيه أيضا نظر لان ما بسطه وان أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا في تقرير دليل الشافعي بل أفاد أولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج أيضا من الاماكن البعيدة وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل (وله) أي ولابي حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع) أي عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعني أن العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا (فيكون) أي العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان أقول بقي ههنا شيء وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فلا معنى لاعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لان جمع الكثرة أقله عشرة أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلان جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلاثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة اهـ وأما ثانيا فلانه لو كانت علة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق أيضا عنده في أقل من عشرة فيما اذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتي والاولى في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا وانما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت مقتضى

عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا على خمسة أوسق والوسق ستون صاعا وهذا على قولهما لان النصاب في باب العشر يقدر بهذا وأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقر

وأقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره

(قوله لا يعدل الى غيره) أقول خبران في قوله لان العمل بما دل الخ

(ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لانها أقل الجمع الصحيح (الا أن يبين أكثر منها) لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد

صحة المهر يثبت أدنى ما يصح به المهر وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي أنه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة اهـ قال الشيخ أبو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله (لانها أقل الجمع الصحيح) يعني أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا أقول فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لانه أدنى الجمع المتفق عليه وقول صاحب العناية لانها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي أفعل وأفعال وأفعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كاكلة عند الفراء وسوى أفعلاء كاصدقاء في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم أقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من الترديد الاول أن الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكسير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب والثاني أن المحقق التفتازاني قال في التلويح في أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب اليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة واعلم أنهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمعي القلة والكثرة فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لا أنه مختص بما فوق العشرة وهذا أوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات اهـ كلامه فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر (الا أن يبين أكثر منها) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف (لان اللفظ) أي لفظ الجمع (يحتمله) أي يحتمل الاكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف الى الوزن المعتاد) أي الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر في البيوع ولا يصدق في أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في التحفة وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وهكذا ذكر في العناية وقال في البدائع وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على أقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك اهـ أقول بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت

(قوله الى الوزن المعتاد) أي معتاد ذلك البلد قال في المبسوط ان كان في بلد يتبايعون على دراهم معروفة

(ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لانها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد

قال المصنف لان اللفظ يحتمله مجازا) أقول فيصير كأنه قال لفلان على حفظ الالف

(ولو قال كذا كذا درهمالم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهمالم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره (ولو قال كذا درهما فهو درهم) لانه تفسير للمبهم

بل تخالف لايخفى (ولو قال كذا كذا درهمالم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال له على كذا كذا درهمالزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله فى أقل من ذلك قال المصنف فى تعليله (لانه) أى المقر (ذكر عددين مبهمين) أى ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أى أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أى من العدد المفسر أى المصرح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهمالم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره) يعنى أن لفظ كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر أى بالعدد الصريح فماله نظير فى الاعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له على كذا كذا درهما فكأنه قال له على أحد عشر درهما واذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على أحد وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ولم يذكرها محمد رحمه الله فى الاصل يعنى لو قال له على كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لانه) أى لان درهما فى قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أى تمييز للشئ المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة فى بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف فانه قال فى الذخيرة والمحيط وفى الجامع الاصغر اذا قال لفلان على كذا درهما فعليه درهمان لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال فى التتمة وفى الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال فى فتاوى قاضيخان لو قال لفلان على كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى أقول فيما ذكر فى تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو فى اصطلاح الحساب وأما فى الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتى عشرة كلمة واحدا الى عشرة ومائة وألف وقال العلامة الجوهرى فى صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى وقال المحقق الرضى فى شرح الكافية لاخلاف عند النحاة فى أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبنى على اصطلاح الحساب بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضى كون الواجب على المقر فى المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغى أن يلزمه فى هذه المسئلة أحد عشر لانه أول العدد الذى يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغى أن لا يصدق فى درهم والقياس فيه ما قاله فى مختصر الاسرار اذا قال له على كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن يجب أحد عشر درهما لانه أقل عدد يجىء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن انتهى أقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضى كون الثابت أدنى ما يحتمله لفظ المقر

وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر فماله نظير فى الاعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له على درهم واذا قال كذا كذا درهما كان أحد عشر

الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الى ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص فى لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر فى معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر فى كل موضع عرف

(ولو

(ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر) لانه لا نظير له سواه (وان ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وان ربع
يزاد عليها ألف) لان ذلك نظيره

دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال أن أدنى ما يحتمله لفظ المقر فى هذه المسئلة انما هو أحد عشر
بدلالة كون المميز منصوبا فينبغى أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما وماذكر فى الجواب لا يدفعه قطعا
ثم أقول الحق فى الجواب أن يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظيرا لاحد عشر درهما فى كون المميز
منصوبا لكن ليس بنظير له فى نفس ما يميزه المنصوب لان أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم
يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك فى مجرد كون مميزهما منصوبا وهذا أمر لا سترة به
قال فى الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير
مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى وذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز نقلا عنه
وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة فى المغنى وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر اذا قال كذا درهما
لزمه عشرون عنده لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ماذكر فى الهداية والذخيرة والتتمة
وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم أجده فى الكتب المشهورة لاصحابنا اهـ كلامه أقول كأنه لم ير ماذكره فى
مختصر الاسرار وشرح المختار أو لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا أو أراد انه لم يجده منقولا عن محمد
فى الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور فى المنقول المزبور وهو قوله لانه أقل عدد يفسره
الواحد المنصوب قاصر فى الظاهر لان أقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو أحد عشر دون عشرين
فكان مراده انه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به فى غيره وان لم يكن لفظه مساعدا له قال
المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أى لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما
(فاحد عشر) أى الذى يلزمه أحد عشر درهما لا غير (لانه لا نظير له سواه) أى لا نظير له فى الاعداد الصريحة
سوى أحد عشر يعنى سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما
نظيرى عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ويحمل الواحد منهما على التكرير
والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف كذا قالوا (وان ثلث بالواو) بان قال كذا وكذا
وكذا (فمائة وأحد وعشرون) أى فالذى يلزمه هذا المقدار (وان ربع) بان قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد
عليها) أى على مائة وأحد وعشرين (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لان ذلك نظيره) أى لان
العدد الذى ذكرنا انه يلزم فى صورتى التثليث والتربيع نظير ماذكره المقر فى تينك الصورتين أى أقل
ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر
التعليل فى صورة التثليث وتأخيره الى هنا ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لقريبه أعنى صورة التربيع
ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره فى غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافى حيث
قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لانه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ولو
ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظير انتهى قال الامام الزيلعى فى التبيين ولو خمس بالواو ينبغى ان يزاد عشرة
آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه
ماجرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب
فاما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روى عن محمد لانه ذكر عددا مبهما
مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض
وأقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما
واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد
وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين

وان ثلث بغير واو لم يزد على
ذلك لعدم النظير واذا قال كذا
وكذا كان أحدا وعشرين
وان ثلث بالواو كان مائة
وأحدا وعشرين وان ربع
يزاد ألف

أهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر فى التتمة وفتاوى القاضى تفسر

قال (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لان على صيغة ايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان على مامر فى الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفى نسخ المختصر فى قوله قبلى انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا

الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا أقر أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما أحد عشر لانه لو أفرد كل واحد منهما فى الذكر لزمه أحد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر ولو قال له على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس فى لفظه مايدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى ههنا كلامه (قال) أى قال محمد فى الاصل (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير وانما ذكرها فى الاصل أما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له على فما أشار اليه المصنف بقوله (لان على صيغة ايجاب) تقريره أن على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب فى الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا فى ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا فى النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا فى قوله له على فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على تستعمل فى الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا فى غاية البيان وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن الامام المحبوبى وأما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له قبلى فما أشار اليه بقوله (وقبلى ينبئ عن الضمان) لان هذا عبارة عن اللزوم ألا يرى أن الصك الذى هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (على مامر فى الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لان القبيل هو الكفيل أقول ههنا نظر وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضى كون قبلى منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر فى كتب اللغة مجىء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذى ذكره أئمة اللغة فى كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وأنه يجىء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رأيته قبلا أى مقابلة وعيانا قال الله تعالى أو يأتيهم العذاب قبلا أى عيانا ولى قبل فلان حق أى عنده ومالى به قبل أى طاقة وأما استعمال كلمة قبل فى معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية فى هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر) فى قوله على أو قبلى (هو وديعة ووصل) أى ووصل قوله على أو قبلى بقوله هو وديعة (صدق لان اللفظ يحتمله) أى يحتمل ماقاله (مجازا) أى من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) أى محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما فى قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما فى الاستثناء (قال) أى المصنف رحمه الله عنه (وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى (فى قوله قبلى) أى وقع فى قول المقر قبلى (انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما) أى ينتظم الدين والامانة (حتى صار قوله) أى قول القائل (لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا) نص عليه محمد رحمه الله فى الاصل حيث قال اذا

الدين لو قال كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلاثة أعداد ذكر بلا عاطف فلابد من حمل الواحد على التكرار (قوله وقبلى ينبئ عن الضمان) يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وسمى الصك الذى هو حجة الدين قبالة (قوله ولو قال المقر هو وديعة ووصل) أى فى قوله على وقبلى لان آخر

ولو قال له على أو قبلى فهو اقرار بالدين لان على للايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان على مامر فى الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجاز الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا (قال المصنف وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى فى قوله قبلى (انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما) حتى صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ماذكره القدورى ثم يذكر ماذكر فى الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدورى الا أن المذكور فى الاصل هو الاصح فقدمه فى الذكر

(قوله بقوله وديعة) أقول قوله وديعة بالنصب أو الرفع معا (قوله لايجاب حفظ المضمون) أقول أى الذى من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول فيكون من ذكر المحل وارادة الحال والضمير فى قوله محله راجع الى قوله حفظ المضمون

ولوقال عنـدى أومـعى أوفى يدى أوفى بيتى أوفى كيسى أوصندوقى فهواقرار بامانةفى يده لان كل ذلك اقرار بكون الشئ

والامانةأقلهماوالاول أصح (ولوقال عندى أومعى أوفى بيتى أوفى كيسى أوفى صندوقى فهواقرار بامانةفى يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وأمانةفيثبت أقلهماوهو الامانة

قال لاحق له على فلان برئ فلان مماهو مضمون عليه وان قال لاحق عنده فهو برىء مماأصله الامانة وان قال لاحق لى قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لان ماعنده قبله وماعليه قبله انتهى (والامانةأقلهما) هذا تتمة الدليل يعنى أن الامانة أقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف (والاول أصح) أى ماذكر فى الاصل هو الاصح قال فى الكافى والاول مذكور فى المبسوط وهو الاصح لان استعماله فى الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر وقال فى معراج الدراية والاول وهو أنه اقرار بالدين أصح ذكره فى المبسوط وعلل بان استعماله فى الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لاحق لى قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضا ثم أقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احداهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة فى شئ واحد حمل على ماهو الارجح منهما فى هذه الصورة وأما الاخرى فصورة النفى ولما تيسر جمع نفى الدين ونفى الامانة عن شئ حمل على نفيهما معا فى تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ماذكره المصنف فى باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا أن الجهة مختلفة لان أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه انتهى كلامه واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ماذكره القدورى ثم يذكر ماذكر فى الاصل لان الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدورى والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع الا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الاصل هو الاصح قدمه فى الذكر ولهذا لم يذكر فى البداية غير ماذكر فى الاصل (ولوقال عندى أومعى أوفى بيتى أوفى كيسى أوفى صندوقى فهواقرار بامانةفى يده) وهذه كلها من مسائل الاصل قال المصنف فى تعليلها (لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده) لا فى ذمته (وذلك) أى ما كان فى يده (يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الامانة توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين ويحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وماعداهما للمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا فى التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع أن الامانة أقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفى تلك المسئلة من لفظين والاصل أن أحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما فى الاقرار ترجح الدين كذا فى المبسوط قال فى النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق وأما فى الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينتظر فيه الى ماهو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على

كلامه تفسير لاوله وهو يحتمل لما فسره فان قوله على أى حفظها لاعينها لان المضمون على المودع الحفظ والمال محله فتذكر المحل وأراد به ماحله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا (قوله والاول أصح)

فى يده واليد تتنوع الى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه دين ولم يثبت أقلهما وهو الامانة وأجيب بان ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولوقال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ماخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه فى الاولين بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى وكأنه قال اتزن الالف التى لك على كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول وفيه بحث والاولى أن يقال ان حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين فان قوله قبلى اقرار بالدين بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها) أقول الالف مذكر وتانيث الضمير بتاويل الجملة وفى القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز (قوله اذا لم يكن كلاما مستقلا) أقول بان يشتمل على الضمير مثلا

(ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى فكأنه قال اتزن الالف التى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا

الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال أتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) هذا كله لفظ القدورى فى مختصره يعنى أن ماذكره المجيب فى هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ماخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما اقترن كلامه فى الاول والثانى بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى واليه أشار المصنف بقوله (لان الهاء فى الاول والثانى) أى فى قوله اتزنها فى قوله انتقدها (كناية عن المذكور فى الدعوى فكأنه قال) فى الاول (أتزن الالف التى لك على) وفى الثانى انتقد الالف التى لك على فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعنى الهاء (لايكون) كلامه (اقرارا) بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (الى المذكور) أى الى المذكور فى الدعوى لكونه مستقلا بنفسه فكأنه قال اقعد وزانا للناس أو نقادا لهم دراهمهم واكتب المال ولا تؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل انما يكون فى حق واجب) هذا اشارة الى تعليل كون قوله أجلنى بها اقرارا يعنى أن التاجيل انما يكون فى حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعنى ان القضاء يقتضى سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الابراء) بان قال أبرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعنى أن الابراء أيضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون فى مال واجب عليه كذا فى الكافى أقول ههنا اشكال وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتاب الاقرار على أن قول المدعى عليه بالالف للمدعى قد قضيتكها أو أبرأتنى منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا فى تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا فى كتاب الدعوى فى أكثر المعتبرات وفى مسائل شتى من كتاب القضاء فى الهداية والوقاية بان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعى ليس لك على شئ قط أو ما كان لك على شئ قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعى أو ادعى ابراء المدعى اياه من تلك الالف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر وقالوا فى تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى و يبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هنالك ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى

لان استعماله فى الديون أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أجدر (قوله لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور) الاصل انه متى ذكر فى موضع الجواب كلاما لايستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لى عليك ألف أو قال اقض الالف التى عليك فقال نعم فقد أقر بها لان قوله نعم لايستقل بنفسه فقد أخرجه مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكأنه قال نعم أعطيك الالف التى لك على ومتى ذكر فى موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يجعل مبتدأ فيه لا مجيبا الا أن يذكر فيه ماهو كناية عن المال المذكور فحينئذ لابد من أن يحمل على الجواب ولا يلزم على هذا المدعو الى الغداء لو قال والله لا أتغدى ينصرف الى الجواب بدون الكناية فان المعنى الذى يوجب حمله على الجواب فى اليمين يوجب حمله على الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب فى مسئلة اليمين لانه دخل المدعو فى اليمين بيقين أريد به الجواب أو الابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة بأكل غداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك (قوله ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا) اشارة الى قوله والقضاء

حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكأنه قال اقعد وزانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة أو نقادا وانقد للناس دراهمهم وأما فى قوله أجلنى فلأن التاجيل انما يكون فى حق واجب وأما فى قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضى سابقة الوجوب واذا قال له على ألف درهم الى سنة وقال المقر له بل هى حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق

وكذادعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذالو قال أحلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقرله فى الدين وكذبه فى التاجيل لزمه الدين حالا) لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا أقر بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة قال (ويستحلف المقرله على الاجل)

ولم يعتبروا قول زفر هنالك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد أنكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين فى المقامين تدافع لايخفى فتدبر (وكذادعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا اقرارا منه (لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته كما لايخفى (وكذالو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا اقرارا (لانه تحويل الدين) من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه فاما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج الى تاكيد نفى القضاء باليمين لانه فى نفسه منتف كذا فى المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره كذا فى الكافى وغيره (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقرله فى الدين وكذبه فى التاجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا وقال الشافعى لزمه الدين مؤجلا لانه أقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقر به وهذا ليس بشئ لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر المطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر فى باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف فى تعليل قول أصحابنا (لانه) أى لان المقر بدين مؤجل (أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أى فى ذلك المال فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أى فصار المقر فى هذه الصورة (كما اذا أقر) لغيره (بعبد فى يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه بانه ملك ذلك الغير (وادعى الاجارة) أى ادعى أنه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقرله فى الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هنالك فى دعوى الاجارة فكذا ههنا فى دعوى الاجل (بخلاف الاقرار بالدراهم السود) أى بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فصدقه فى المقرله بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لانه) أى لان السواد (صفة فيه) أى فى الدراهم أو فيما أقر به فيلزمه ما أقر به على الصفة التى أقر بها وأما الاجل فليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول للمنكر العارض وقد أشار اليه بقوله (وقد مرت المسئلة فى الكفالة) فانه قال فى فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقرله هى حالة فالقول قول المدعى وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقرله هى حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين فانه لا دين عليه فى الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار أما الاجل فى الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف المقرله) أى يستحلف المقرله فى مسئلتنا هذه (على الاجل) أى

يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهو انما يكون فى دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به أو وهبته لى لان هذا دعوى التمليك منه وهو لا يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال أحلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه (قوله وقد مرت المسئلة فى الكفالة) أى فى باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة وثوب بان لما بينا انه لا يكثر

كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة فى الدراهم فيلزم على الصفة التى أقر بها وقد مرت المسئلة فى الكفالة ويستحلف المقرله على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من

لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة

على انكار الاجل (لانه منكر حقا عليه) فان المقر يدعى عليه التاجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور وقال فى النهاية وفى الذخيرة فى الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من أقر لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضى فحلف ثم أقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال فى فتاواه ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أى ولو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) أى الى المقر قال المصنف (وهو القياس فى الاول) يعنى أن لزوم درهم واحد والرجوع فى تفسير المائة الى المقر هو القياس فى الفصل الاول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعى) أى وبالقياس أخذ الشافعى فى هذا الفصل أيضا (لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصلين (أنهم) أى أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره) أى بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أى استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أى كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك أى كثرة الوجوب بكثرة الاسباب (فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعنى فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فان الثياب لا تثبت فى الذمة دينا الا فى السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا فى الذمة أصلا (فبقى) أى بقى هذا القسم (على الحقيقة) أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا أقول فى تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر أما أولا فان اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدى فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين بل انما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة وأما ثانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ألا يرى الى ما سيأتى أنه اذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا لانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن أن يتمحل فى الجواب بان يقال مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز فى كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة فى بعض الاعداد ومال الاختصار ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد وكذلك اكتفوا به فى عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه فى الكلام كما نحن فيه نعم

وجوبها فبقى على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا

أنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع فى تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس فى الدرهم أيضا وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت فى الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا فى

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول أى لاقتضاء العطف المغايرة بخلاف التفسير فانه يقتضى الاتحاد (قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول

(وكذا اذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره فى الاصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق

الاولى ههنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر فى الكافى وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام وذا فيما يثبت فى الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها فى الذمة فبقيت على الاصل قال فى النهاية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك فى قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق فى أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى ويوافقه ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال يقر فى الاول بما يشاء ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهى ثياب وأغنام وأبعرة ولا يشبه هذا بنى آدم لان بنى آدم لا يقسم الى هنا كلامه وقال الامام الزيلعى فى التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند أبى حنيفة رحمه الله اه فتأمل قال المصنف (وكذا اذا قال مائة وثوبان) أى يرجع فى بيان المائة الى المقر (لما بينا) من أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف اليهما) أى فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا (لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكان كلها) أى كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد كذا فى الكافى والشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهى زنبيل مبنى على عرفهم كذا فى المغرب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى

أفلح من كانت له قوصره * يأكل منها كل يوم مره

ثم قال ولا أدرى ما صحة هذا البيت كذا فى غاية البيان قال المصنف (وفسره فى الاصل) أى فسر الاقرار بتمر فى قوصرة فى الاصل وهو المبسوط (بقوله) أى بقول المقر (غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه) أى وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاء له) أى للتمر (وظرف له) أى التمر (وغصب الشئ وهو مظروف) أى والحال أنه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أى فيلزم التمر والقوصرة المقر (وكذا الطعام فى السفينة) أى وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام فى السفينة (والحنطة فى الجوالق) أى

فانصرف اليهما لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر تتخذ من قصب قولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهى زنبيل مبنى على عرفهم كذا فى المغرب والاصل فى جنس هذه المسائل ان كان الثانى ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب فى منديل وطعام فى سفينة وحنطة فى جوالق وان كان الثانى مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما فى درهم لم يلزمه الثانى لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فلغا آخر كلامه وان كان الثانى مما يحتمل ان يكون ظرفا وأن لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رحمه الله لانه حقيقة الظرف ومتى أمكن

الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقى على الحقيقة أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع فى بيان المائة الى المقر لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييز المائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة الخ) الاصل فى جنس هذه المسائل ان من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فاما أن يذكرهما بكلمة فى أو بكلمة

لا يخفى عليك ان الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت دينا فى الذمة فى جميع المعاملات بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما مما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا (قال المصنف ووجهه أن القوصرة الخ) أقول بخلاف

بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام فى البيت

وفيما اذا قال غصبت الحنطة فى الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا فى المغرب والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما كان الثانى ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب فى منديل وطعام فى سفينة وحنطة فى جوالق وما كان الثانى مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما فى درهم لم يلزم الثانى لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فالغا آخر كلامه كذا فى المبسوط وذكر فى الشروح أقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا أقر بدابة فى اصطبل فان اللازم على المقر هنالك هو الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما سيأتى مع أنه لا ريب فى أن الثانى فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن أن يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به فى مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة) يعنى أن الحكم المذكور فى كلمة فى وأما الحكم فى كلمة من فبخلافه (لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع) يعنى أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وقال فى النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال فى غاية البيان ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما الا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى أقول الحق فى توجيه كلام المصنف ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الفرقة الاخرى لان كلمة من فى قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض فى ذلك القول وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من فى معنى التبعيض فى موضع آخر فلا يجدى شيئا ههنا كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من فى ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا وأما الحكم فى كلمة على نحو أن يقول غصبت اكافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا أن اللزوم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى الدابة خاصة واليه أشار المصنف بقوله (لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أى يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان فى الضمان عنده كما يدخلان فى الاقرار (ومثله الطعام فى البيت) أى ومثل الاقرار بالدابة فى الاصطبل الاقرار بالطعام فى البيت قال فى المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما فى بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما فى سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل فى ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل فى ضمانه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل

حمله على الحقيقة يحمل عليها كما فى قوله غصبت ثوبا فى عشرة أثواب فانه يلزمه عند محمد رحمه الله أحد عشر ثوبا لان العشرة قد تكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس فى عشرة أثواب فصار كقوله حنطة فى جوالق وعند أبى يوسف رحمه الله وهو قول أبى حنيفة رحمه الله لم يلزمه الا ثوب واحد لان الثوب الواحد لا يصان فى عشرة أثواب عادة فصار بيانا لان محل المغصوب عشرة أثواب هذا فى كلمة فى وأما الحكم فى كلمة من فما

من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا فى قوصرة وهى بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا فى منديل أو طعاما فى سفينة أو حنطة فى جوالق لزماه لان غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثانى كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما فى درهم لم يلزمه الثانى لان الثانى لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن أقر بغصب دابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة يعنى أن الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند أبى حنيفة

قوله على درهم فى قفيز حنطة فانه يلزم الدرهم والقفيز باطل لانه أقر بدرهم فى الذمة وما فى الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا فى شئ آخر ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فلينأمل والمسألة مذكورة فى غاية البيان فى شرح قوله له على خمسة فى خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول أى أحدهما ظرفا والآخر مظروفا

قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لان الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لانه ظرف بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وقال محمد لزمه أحد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فامكن حمله على الظرف ولابى يوسف ان حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله

وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق فى ذلك لانه أقر بغصب تام وفى الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو فى قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفى قول محمد هو ضامن للبيت أيضا الى هنا لفظ المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف فى تعليله (لان اسم الخاتم يشمل الكل) أى يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم (وان أقر له) أى لغيره بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف (لان الاسم) يعنى اسم السيف (ينطوى) أى يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهى بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا فى الصحاح (فله) أى فللمقر له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) أى وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو أقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته وأما اذا قال هذا الخاتم لى وفصه لك أو هذا السيف لى وحليته لك أو هذه الجبة لى وبطانتها لك وقال المقر له الكل لى فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان فى النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به كذا فى الذخيرة (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لانه) أى المنديل (ظرف) للثوب (لان الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا) أى وكذا الحكم (لو قال على ثوب فى ثوب) لزماه (لانه ظرف) أى لان الثوب الثانى ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم فى درهم) أى بخلاف ما لو قال على درهم فى درهم (حيث يلزمه واحد) أى درهم واحد (لانه) أى لان قوله فى درهم (ضرب) أى ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف) وفى الكافى وهو قول أبى حنيفة وفى التبيين وهو قول أبى حنيفة أولا (وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فامكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة فى حقيقة فى الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته فى عشرة أثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على أصله فانه لو قال غصبته كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد فى هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء الكرباس عادة كذا فى الشروح قال فى النهاية واليه أشار فى المبسوط (ولابى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله

ذكره فى الكتاب وهو أن يكون اقرارا بالغصب فى الاول خاصة لان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع وأما الحكم فى كلمة على نحو أن يقول غصبتنا كافا على حماره فكان اقرار الغصب الا كاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير (قوله ان حرف فى يستعمل للبين والوسط)

وأبى يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما فى بيت لان الدابة والطعام يدخلان فى ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان فى ضمانه دخولهما فى الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب بقية كلامه يعلم من الاصل المذكور (قوله لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بان قال غصبت كرباسا فى

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول اطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح فان اللازم قصور الدليل عن المدعى

تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لان الضرب لا يكثر المال

تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فوقع الشك) في أن المراد بحرف في ههنا معنى الظرف أو معنى البين و بالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والاصل براءة الذمم) لانها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه فانه اذا لف ثوب في أثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أثواب (فتعين الاول) أي المعنى الاول الذي هو البين (محملا) بكلمة في في قوله المزبور فكانه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال وتعين أول كلامه محملا يعني أن يكون في بمعنى البين انتهى أقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أولا فاذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حمل على الاول في قول المصنف فتعين الاول محملا على أول كلام المقر وهذا مع كونه مما يابى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعني أن يكون في معنى البين لان الكون في بمعنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين أصلا واعلم أن الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه على في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار اليه أم يستوي المعين والمنكر في ذلك الى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ومنه أنه يستوي فيه المعرف والمنكر و يرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قاله في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل و يرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم أو درهما في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفا و يجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل وليس أحدهما أولى من

فان قيل لم يات استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع أي مع عبادي قلنا لما تردد بين المحلين و باعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على أيضا كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب أيضا والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز شغلها بالشك (قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعني ان العشرة لا تكون وعاء

عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين أول كلامه محملا يعني أن يكون في بمعنى البين (قوله لان الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

(قال المصنف فوقع الشك) أقول لتعارض الحقيقة لكلمة في والعادة فان الثوب الواحد لا يصان في عشرة أثواب عادة (قال المصنف على أن كل ثوب موعى الخ) أقول لفظة كل ههنا للتكثير

وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان

الآخر فلزمه خمسة باول كلامه والغا آخره كذا في المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقدمر جوابه آنفا قال المصنف (وقد ذكرناه في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أي لو قال المقر أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله) قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف في باب ايقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضا كحكم في حتى لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء والانتهاء (وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال في النهاية والقياس ما قاله زفر فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وأبو يوسف ومحمد قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حد الما هو واجب وأبو حنيفة يقول الاصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكرا وان لم يكن واجبا الا أن الغاية الاولى لابد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول ولان الكلام يستدعي ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله أبو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالاه في الغايتين استحسان

معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعى في حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء الثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وأما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فهو منقوض على أصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة أيضا مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء الكرباس عادة ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافها وادلتها مرت في الطلاق ولو قال له على ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه في قول أبي حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة لان القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران ولو قال له على ما بين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما

(فصل) لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط والله اعلم قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل فاما أن يبين سببا أولا فان بين فاما أن يكون سببا صالحا أولا فان كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما أي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه

(فصل) (قال المصنف ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول قال الاتقاني لو أوصى لدابة رجل أن تعلف بعلم موته جازت الوصية لانها وصية لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى وفي المحيط في باب اقرار الصبي والمعتوه والسكران والاخرس والاقرار لهم لو قال لدابة فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح و يكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسألة الخيار اتباعا لما في المبسوط) أقول أي في ايراد مسألة الخيار عقيب مسائل الحمل وان خالف المبسوط حيث أوردهما في فصل واحد وفي المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة نعنون مسائل الحمل بقوله باب الاقرار لما في البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار (قوله من وقت الاقرار لزمه) أقول الصواب فان أن يقول من وقت موت الموصي والمورث كما قاله العلامة النسفي في الكافي حيث قال قال في المبسوط وهذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم أنه كان موجودا في ذلك الوقت وان وضعته لاكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث انتهى وذلك هو الموافق أيضا لما سيجيء في كتاب الوصايا فراجعه

(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ) وقد مرت الدلائل في الطلاق

(فصل) (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم فان قال أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الاقرار لزمه

وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده (ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله) أي للمقر له (ما بينهما) أي ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شئ) أي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أي دلائل هذه المسائل (في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

(فصل) لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه لانه اما أن يبين سببا أولا يبين ذلك فان بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله (فان قال أوصى بها) أي بالالف (له) أي للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أي أبو الحمل (فورثه) أي ورث الحمل الالف أنث ضمير الالف أولا باعتبار الدراهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالاقرار) في هذا الوجه (صحيح لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أي للحمل يعني أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من أهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لان الجنين أهل لان يستحق المال بالارث أو الوصية (ثم اذا) وجد السبب فلابد من وجود المقر له عنده فان (جاءت) أي فلانة (به) أي بالولد (في مدة يعلم بها أنه) أي الولد (كان قائما) أي موجودا (وقت الاقرار لزمه) أي لزم المقر ما أقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين أحدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن وأما اذا لم تكن معتدة و جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيأ كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من

يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) (قوله ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الى آخرها) صورة المسئلة أن يقول لما في بطن فلانة على ألف درهم ورثها من أبيه فاستهلكتها أو كان ذلك دينا لابيه مات وانتقل اليه أو وصية له من غيره فاستهلكتها أو كان دينا على فاوصى له بذلك ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (قوله ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه) بان وضعته لاقل من ستة أشهر منذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة أشهر لم يستحق

فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

ذهب الى أنه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة أيضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافى وذكر في المبسوط أيضا أقول القول الاول وان كان أوفق بالمشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق وهو أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار فان مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلابد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة هى أقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث أو أكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث في غير المعتدة فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شئ أما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلانه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث في غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شئ وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتى لكن بقى ههنا شئ على القول الثانى أيضا وهو أنه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمى لا الحقيقى وذلك بان وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما فان قيل اعتبر أول المدة في الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى ففى الطريق الحكمى أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك أصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فان جاءت به) أى ان جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيما اذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيما اذا قال مات أبوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) أى يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لانه) أى لان ما قاله (اقرار في الحقيقة لهما) أى للموصى والمورث (وانما ينتقل) منهما (الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) اليه ههنا لانه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وهذا اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء أقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر مات أبوه

شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصى (قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة) لهما اذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم تصرف الى وارثه أو الى من أوصى له به ولو جاءت بولدين

وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح

(قوله وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين) أقول اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء

مثل أن قال باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شئ لانه بين مستحيلا لعدم تصوره ما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو فى الاقرار لا يصح أجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ و يد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا أقر للرضيع و بين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضى

ولو قال المقر باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شئ) لانه بين مستحيلا قال (وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبى يوسف وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح

فو رثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافى وغيرهم وأما بالنظر الى مطلق الارث فلابد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذى ذكره بقوله (ولو قال المقر باعنى أو أقرضنى) أى باعنى الحمل أو أقرضنى (لم يلزمه شئ لانه بين مستحيلا) أى لان المقر بين سببا مستحيلا فى العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شئ فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه و يبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا فى المبسوط وأكثر الشراح قال فى العناية أجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ و يد فلان صحيحة انتهى أقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر فى بيان ذلك السبب الغير الصالح لا فى أصل اقراره وهذا لا ينافى كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل اقراره الواقع فى أول كلامه لجواز أن يكون صادقا فى اقراره بان كان له سبب صالح فى نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهى صحيحة فانه كاذب هناك فى أصل اقراره بيقين فالظاهر فى الجواب ماذكر فى المبسوط وغيره فان قلت كما أن البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو أقر بان عليه ألف درهم لهذا الصبى الرضيع بسبب البيع أو الاقراض أو الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضى أو الاب باذن القاضى واذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا فى النهاية وغيرها وان لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وان أبهم الاقرار لم يصح) أى الاقرار (عند أبى يوسف) قيل وأبو حنيفة معه و به قال الشافعى فى قول (وقال محمد يصح) و به قال الشافعى فى الاصح ومالك وأحمد (لان الاقرار من الحجج) الشرعية (فيجب اعماله) مهما أمكن وذلك اذا صدر من أهله مضافا الى محله (وقد أمكن) اعماله ههنا اذ لا نزاع فى صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا أقر بدين

حيين فالمال بينهما فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية يقسم بينهما نصفين وفى الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (وان قال باع منى شيئا بالف درهم أو أقرضنى ألف درهم لم يلزمه شئ لانه بين مستحيلا) فان قيل هذا يكون رجوعا وانه لا يصح وان كان موصولا قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه و يبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه (قوله وان أبهم الاقرار) بان قال لحمل فلانة على ألف لم يصح عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان

أو من يأذن له القاضى واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبى يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع فى صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان مصححا تصحيحا لكلام العاقل ولابى يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

(قوله فان قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول أنت خبير بان هذا السؤال انما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأى أبى يوسف فانه لا يصح الاقرار اذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا (قوله أجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول فى مبسوط شمس الائمة قلنا لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه و تبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه اهـ ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام وان شئت زيادة تفصيل فراجع الى ما قالوا فى توجيه قوله عليه الصلاة والسلام كل ذلك لم يكن فى جواب ذى اليدين ولابى

ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه) أى مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين) فى الشركة (عليه) أى على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون فى حال رقه والشريك الآخر فى الحال وفى الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون فى حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا كذا فى المبسوط (فيصير) أى فيصير المقر فيما اذا أبهم بدلالة العرف (كما اذا صرح به) أى بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا أبهم قال فى النهاية ولابي يوسف وجهان أحدهما ماذكر فى الكتاب والثانى ماذكر فى الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من أهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشترى قبل نقد الثمن ثم باعه المشترى مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع فى الذى اشترى من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن أو أكثر والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف العبد المأذون اذا أقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهى التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهى ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه أقول الوجه الذى ذكر فى الذخيرة منظور فيه أما أولا فلانا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما فى صورة ابهام الاقرار له يقتضى تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفى فى صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر أن يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك على ألف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدها أولى من الآخر وأما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة فى مسئلة بيع العبد المشترى مع عبد آخر من البائع ليست فى السبب بل فى قدر ثمن العبد الذى اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان لا يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه أكثر من الثمن الاول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة فى ثمنه وجهالة الثمن فى البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب فى الاقرار كما حققته على أن تعليل فساد البيع فى تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام أيضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه أيضا وجهين بان يصرف اليه ما بقى من مثل الثمن الاول للعبد المشترى من البائع أو ما بقى من أكثر منه فانه اذا صرف الى أحد العبدين شئ من الثمن المسمى لهما يكون الباقى منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز فى أحدهما يقتضى تعدد وجه الجواز فى الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له فى المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين

الاقرار من الجميع فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولابى

عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد فى حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به

(فيصير بدلالة العرف الخ) أقول ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

جميعا فيما اذا باع العبد المشترى بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجرى فى هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز أن يصرف الى العبد المشترى من البائع فى هذه الصورة أقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد فى هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشترى من البائع فى الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شئ مما من مادتى النقض فتأمل وراجع محلها (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) أى لزم المقر ما أقر به (لان له) أى لاقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقر بان أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وستأتى المسئلة بعينها فى كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت فاذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث فى هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل تامل جدا فان ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذى ذكر فى الكتاب وفى المبسوط من قبل أبى يوسف رحمه الله فى المسئلة الاولى فى صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يبيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من الاسباب الغير الصالحة فى حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره فى ذلك الوجه من أن مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار للحمل اذا أبهم الاقرار أن ههنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث والوصية والى ذلك أشار محمد فى الاصل لابى يوسف قال أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث أم نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى أن جواز الاقرار متعذر لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احداهما فى الحمل عليها باولى من الاخرى وأما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما فى هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية فى حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الام لشيوع حقه فى جميع التركة وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابى يوسف فى صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احداهما أولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا أقول مدار ما ذكروه من الفروق على حرفين أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافى الحمل على الجواز وثانيهما أن جهة الجواز فى هذه المسئلة منحصرة فى الوصية وقد عرفت ما فى كل واحد

يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون وأحد المفاوضين على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى

ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا لان الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه فورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أيضا ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره لثلاثة أيام فالاقرار صحيح يلزمه ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله على ونحوه والخيار باطل

قال

قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم

منهما بما ذكرناه في المقامين فيه مرآ نفا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعني ومن أقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلاثة أيام صح الاقرار و بطل الشرط أما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله (لان الخيار للفسخ) أي لاجل الفسخ (والاخبار لا يحتمله) أي لا يحتمل الفسخ يعني أن الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد و يتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه وأما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما أشار اليه بقوله (ولزمه المال) أي ولزم المقر المال الذي أقر به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهي قوله على ونحو ذلك (ولم ينعدم) أي اللزوم وقيل أي الاخبار (بهذا الشرط الباطل) يعني شرط الخيار اذ لا تأثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا بقي حكم الاقرار وهو اللزوم كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا أقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة على أني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا أو غصبا بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك أن المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار في الشراء مستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك المال مشروط في الاقرار

يؤاخذ العبد به في حال رقه و يؤاخذ الشريك الآخر وفي الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا ولابي يوسف رحمه الله طريق آخر وهو أن هذا اقرار صدر من أهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر شيئا أولى من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد كما لو اشترى عبدا بالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين أن يصرف اليه مثل الثمن الاول وأكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو أقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يزاحمه الارث لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة اما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة التصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل (قوله ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) صورته ما اذا أقر لرجل بدين أو قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز والخيار

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتتغير به صفة العقد و يتخير به بين فسخه وامضائه

(باب الاستثناء ومافى معناه)

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقى ولكن لابد من الاتصال (وسواء استثنى الاقل أو الاكثر

واشتراط الخيار فى الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له فى الخيار فاراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل قالوا يجب أن لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة لى هذا لفظ المحيط

(باب الاستثناء ومافى معناه)

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء ومافى معناه فى كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن استثنى متصلا باقراره) أى موصولا باقراره لا مفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقى) أى لزم المقر الباقى بعد الثنيا (لان الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام (عبارة عن الباقى) فان معنى قوله على عشرة الا واحدا معنى على تسعة لما عرف فى الاصول (ولكن لابد من الاتصال) لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك أيضا فى الاصول (وسواء استثنى الاقل) أى الاقل من الباقى كما فى قوله لفلان على ألف الا أربعمائة (أو الاكثر) منه كما فى قوله لفلان على ألف الا ستمائة يعنى لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وفى العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفى معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن أحمد مثله انتهى وفى الكافى وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ماذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال وأما اذا قال لفلان على ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبى يوسف على ماروى عنه فى غير رواية الاصول لا يصح استثناء الاكثر ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه أقول فى كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال فى تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم أقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر أما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه أكثر من الباقى نعم يعلم حينئذ انه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقى أيضا وأما على الوجه الثانى فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر فى الاستدلال

باطل أما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله على أو عندى لفلان وأما الخيار فباطل لان الاقرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صادق اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باشتراط الخيار فى العقود لتغير به صفة العقد ويخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم أصل السبب فاذا بقى بقى حكم الاقرار وهو اللزوم

(باب الاستثناء)

(قوله ومافى معناه) أراد به ما كان بيانا مغيرا كالشرط وغيره لانه فى معنى الاستثناء (قوله لان الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام عبارة عن الباقى قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما (قوله ولكن لابد من الاتصال) لانه بيان مغير فيصح موصولا لا مفصولا على هذا أجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل

فان

(باب الاستثناء ومافى معناه)

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء ومافى معناه فى كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه (قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقى) أما لزوم الباقى فلان الاستثناء مع الجملة أى الصدر عبارة عن الباقى لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف فى الاصول وأما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك أيضا فى الاصول ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن

(قوله قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه) أقول قوله نصفه بدل من قليلا

فان استثنى الجميع لزمه الاقرار و بطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه فى الطلاق

عليه ماذكر فى كثير من الشروح وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق فى ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا لموافقته ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فجائز فى ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روى عن أبى يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب فى مختصره من أصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين (فان استثنى الجميع) أى الكل بان قال لفلان على ألف درهم الا ألف درهم (لزمه الاقرار) أى لزم المقر جميع ما أقر به (و بطل الاستثناء) أى بطل ماذكره فى صورة الاستثناء (لانه) أى لان الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بالباقى بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) أى ولا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) أى فيكون ماذكره فى صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان فى شئ كذا فى المبسوط وغيره قال فى غاية البيان وكذلك اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف و زيادة أولى قال المصنف (وقد مر الوجه فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق اعلم أن هذا الذى ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه وأما اذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وان أتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائى طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائى طوالق الا نسائى لم يصح الاستثناء و طلقن كلهن وكذا لو قال عبيدى أحرار الا عبيدى لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم ولو قال عبيدى احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء و بطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان الا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا فى شرح الطحاوى ولقد أفصح المصنف عن هذا فى الباب الاول من أيمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائى طوالق الا نسائى لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا يرى أنه اذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ

الاستثناء وان كان مفصولا لاستدل بقوله عليه السلام لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامتثال لما أمر به فى قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل أو الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى أكثر من الباقى لا يجوز الاستثناء به وهو قول مالك و رواية عن أبى يوسف رحمه الله (قوله فان استثنى الجميع لزمه الاقرار) هذا اذا استثنى بعين اللفظ الذى

الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف فى الباب الاول من أيمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائى طوالق الا نسائى لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بان الاستثناء تصرف لفظى ألا ترى أنه اذا قال أنت طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء و وقع طلقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا تزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى

(ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما) وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية

دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره أقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو التكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول أخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا الا حلائلي أو الا أزواجي أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف في الزيادات أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي أن يصح الاستثناء فيهما أيضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدي أحرار الا عبيدي أو الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي أحرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي أو بما يساويه نحو نسائي طوالق الا حلائلي أو باعم منه وان استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهندو بكرة وعمرة أو الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه أي أعم منه (ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على مائة) أي مائة درهم (الا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد لا يصح فيهما) أي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي يصح فيهما) أي في الوجهين وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في خلاف الجنس) أي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعي أنهما) أي المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد

تكلم به في صدر الكلام بان قال نسائي طوالق الا نسائي فانه لا يصح الاستثناء اما اذا قال نسائي طوالق الا هؤلاء أو قال الا فلانة وفلانة وفلانة فاستثنى الكل باساميهن يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لا يصح ولو قال الا هؤلاء أو فلانا وفلانا وفلانا ذكر جميع عبيده باساميهم يصح وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا ترى انه اذا قال لامرأته

ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله (فيهما) أي في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد أن الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف

(قال المصنف لدخل تحت اللفظ) أقول فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ويجوز أن يعود الى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام

ولهما أن المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية

تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة أي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان على عشرة الادرهما فانه ليس على فعدم لزوم الدرهم الدليل المعارض لاول كلامه لالانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان أهل اللغة أطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون ايجابا بالقوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال أهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا أنهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى أثره بعض الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا انتهى كلامه أقول لم يقل أحد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس قد استثنى من خلاف الجنس انتهى وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط واذ لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي أيضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان المجانسة في الاول) أي في الوجه الاول وهو قوله له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعني

أنت طالق ست تطليقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح

كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب أما الدنانير فظاهرة وأما المقدرات فلانها أثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها وأما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل

وهذا فى الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدر فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح

أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهى فى الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثانى وهو قوله على مائة درهم الا ثوبا قال فى العناية وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعنى أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء الدينار فى الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) يعنى وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء قفيز حنطة فى الوجه الاول فلان المكيل والموزون أوصافهما أثمان توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان باوصافهما وان لم تكن أثمانا من حيث الذات حتى لو عينت فى العقد يتعلق العقد بعينها الا أنها اذا وصفت ثبتت فى الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى وان كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقى معنى لا صورة لانه تكلم بالمائة صورة كذا فى الكافى والشروح (أما الثوب) فى الوجه الثانى (فليس بثمن أصلا) أى لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أى لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الاوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة الا قدر قيمة المستثنى وفى الذخيرة اذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ (وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفى بعض النسخ فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أى الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة فى المستثنى تورث جهالة فى المستثنى منه فبقى المقر به مجهولا

لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سواه لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل فى ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح (قوله والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) أى انهما أثمان باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوى الجيد والردىء فيهما فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقى معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات التى لا تتفاوت كالمقدرات فى ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمنا فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها قلت الاثمان مقدرة لمالية الاشياء لانها مقدرة فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة فكأنه ذكر المقدر وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر الى أن يكون مقدرا فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل (قوله ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) احترازا عن السلم (قوله فصار بقدره مستثنى من الدراهم) فصار كأنه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفى الذخيرة ان كان

تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس ومعناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات

قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا) باقراره (لم يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط

كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال فى العناية ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات انتهى أقول بقى ههنا كلام آخر وهو أنهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا فى الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب فى الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب فى الذمة فالظاهر أن مثل هذا انما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفى مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشئ فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فى هذا الوجه أيضا فينبغى أن لا يصح الاستثناء فى قوله الا قفيز حنطة فليتأمل فى الجواب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال فى الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد أمس ان شاء الله لم يلزمه شئ استحسانا وفى القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح فى الانشاآت دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك فى اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما فى المبسوط قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب أبى يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان فى طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر فى طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر كما فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله (فان كان الاول) وهو الابطال (فقد بطل وان كان الثانى) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار

المستثنى مثل من جنسه كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب نحو أن يقال لفلان على دينار الا درهما أو الا قفيز حنطة أو الا مائة جوزة صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تأتى على جميع ما أقر به لا يلزمه شئ وان لم يكن المستثنى مثل من جنسه نحو أن يقول لفلان على دينار الا ثوبا أو قال الا شاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (قوله لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق) وفى الجامع لقاضيخان رحمه الله قال أبو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمة الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط (قوله لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان

قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله الخ) ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار

(قال المصنف اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)

تمام ما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم فى الطلاق
بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون

ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له فى الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك

أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ

اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لانه شرط لا يوقف عليه) أى لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل (كما ذكرنا فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان على ألف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا لان التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به أنه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وفى غاية البيان نقلا عن شرح الكافى للحاكم الشهيد (بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجىء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا أى دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا) لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف فى الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى (والاستثناء تصرف فى الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا أقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره فى كتاب الايمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا أنه مخالف لما ذكر فى كتب اللغة فانه قال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال فى القاموس الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ولا يخفى أن

الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا لفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط (قوله لانه فى معنى بيان المدة) أى من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر فى العادة لبيان محل الاجل فاعتبر اقرارا بدين مؤجل (قوله لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لا لفظا) أى البناء داخل فى لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء فى بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق

أقول فى الكافى وكان ينبغى أن يجب المال كما فى شرط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا ألغى الخيار بقى حكم الاقرار بناء على السبب اه وفيه شئ (قوله لان البناء الى قوله لبيان المستثنى الخ) أقول وفى قوله لبيان المستثنى الخ بحث ثم أقول قد كتب فى هامش الكتاب فى هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته وتلخيص الحجة أن البناء ههنا ليس متناول اللفظ والمستثنى والنص
متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اه والظاهر الموافق للمشروح أن يقال تلخيصها البناء داخل فى الدار معنى وكل ما هو داخل فى الشئ معنى لا يصح استثناؤه منه

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا

الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل قال صدر الشريعة فان قلت يشكل ماذكر بما اذا قال لفلان على ألف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ماذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى أثره الشارح العيني أقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل أن يقول ان أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ألا يرى الى ما مر في تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وان أريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف مصرح ههنا بأن الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا في صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل في حكم بيع الدار وفي حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقر له البناء أيضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذي هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فان ما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف الدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ أي في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف (والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار (لانه) أي لان كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أي يدخل في الصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل أقول يمكن أن يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق أعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في البدائع ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه وان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن

البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار داخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار تسقط حصته من الثمن ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال أي يكون البناء له والعرصة لفلان وكذا اذا قال بياض هذه الارض لفلان وبناؤها لي لان ما تضمنه اللفظان

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها أو الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه أقر بكلها ثم ادعى شيأ منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها

بخلاف ماذاقال الاثلثها أوالابيتامنها لانه داخل فيــه لفظا (ولوقال بناءهذه الدارلى والعرصة لفلان فهوكما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ماذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقرله لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار

كمن أقرلغــيره بخاتم كان له الحلقة والفص لالانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامــه أقول فيــه نظر أما أولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغــة بل وضع دلالة على العرصة ممالا يساعده كتب اللغة ألا يرى الى ماقال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصــة والى ماقال فى القاموس الدار المحــل يجمع البناء والعرصة وأما ثانيا فلان قوله لكنه يتناول هــذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغــة يقتضى صحــة استثناء البناء لنفســه للقطع بصحــة استثناء الجزء من الــكل كما لو قال له عــلى عشرة الا واحــدا لا يقال يجوز أن يكون مراده بالتضمن معــنى التبعيــة لا الجزئيــة فيؤل الى ماقاله المصنف وغيره لانا نقول يع اباء قوله هــذه الاجزاء عن ذلك التوجيــه جدا يمنعه قوله فى تنظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص فى دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ماصرح به المصنف وسائر الثقات (بخلاف ماذاقال الا ثلثها) أى اذا قال هــذه الدار لفلان الا ثلثها (أوالا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرله ماعدا ثلث الدار وماعدا البيت (لانه) أى لان كل واحــد من الثلث والبيت (داخل فيه) أى فى الصــدر الذى هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا أقول كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه فى كتاب الايمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير أن يكون البيت داخــلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزأ من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث فى المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البــدائع أنه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضى عدم صحة الاستثناء فى صورة اســتثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصــة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعــة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف فى الايمان فى مسئلة ما لو حلف لا يدخــل بيتا فدخل صــفة والعرصة هى البقعة كما سيأتى فأنى هذه من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له فى هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) وهــذا لفظ القدورى أيضا فى مختصره يعــنى يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف فى تعليــله (لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعنى أن العرصة فى اللغــة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر فى معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء فى الحكم (فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا) أى بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى والارض لفــلان (حيث يكون البناء للمقرله) مع الارض (لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء) بناء على أن الارض أصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع (كالاقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقرله هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حــتى يكون البناء للاول والارض للثانى ولم يقــل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه

من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصــف فى ذلك الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصــف فلا يكون فى قوله و بناؤها لى راجعا الى ما أقر به بخلاف ما اذ ذكر مكان العرصــة أرضا حيث

(ولو

بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى والارض لفــلان حيث كانا للمقرله لان الاقرار بالارض لاصالتها اقــرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هــذه المسائل يخرج على أصلين أحدهما أن الاقرار بعــد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان ليس بحجــة على غيره فاذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابــع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقرله لان الاقــرار به يستتبع التابع فالاقــرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغــير فلا يصح واذا أقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفــلان والبناء لى كانا للمقرله بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لى والبناء لفــلان كان كما قال لان فى الاول دعوى بعــد الاقرار فلا يصح وفى الثانى عكسه فصح

(قوله لان الاقرار به) أقول الضمير فى قوله به راجع الى المتبوع فى قوله وان قدم المتبوع

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) قال وهذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر

الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان أول كلامه فيما أوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الارض خاصة وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لى غير معتبر لانه قد كان له قبل أن يذكره فبقى قوله وأرضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له فى التبع توضيح الفرق أن البناء فى تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثانى بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفى مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له فى البناء تبعا كذا فى المبسوط اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لى ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فهو على ما أقر لان بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالارض والبناء للمقر له لان بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثانى والاقرار على الغير باطل كذا فى الذخيرة (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) الى هنا لفظ القدورى فى مختصره (قال) أى قال المصنف رحمه الله (هذا) أى ماذكر من المسئلة (على وجوه أحدها هذا) أى هذا الوجه (وهو أن يصدقه) أى أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد وجوابه) أى جواب هذا الوجه (ماذكر) من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ أقول ماذكره انما يتجه أن لو كان لفظ يسلم فى قول المصنف ويسلم العبد من سلمه اليه وأما اذا كان من سلمه له أى جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدى وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافى أن يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف سلمه له مرادا به المعنى المذكور فى مواضع من كتابه هذا وماسيأتى فى فصل الدين المشترك من باب الصلح فى الدين حيث قال فلو سلم له ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له مافى ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل أن يكون لفظ يسلم ههنا ثلاثيا من السلامة لامن التسليم ويكون العبد فاعلا لا

قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد الخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فاما أن يذكر عبدا بعينه أولا فان كان الاول فهو على وجوه أحدها أن يصدقه فيقال له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك

(قال المصنف فسلم العبد) أقول أى التزم تسليمه (قال المصنف والا فلا شئ لك) أقول أى وان لم تلتزم فلا لمخالفة لما مر فى البيوع (قال المصنف وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ فالاظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه

يكون البناء للمقر له وفى الذخيرة واعلم بان هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين أحدهما أن الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار فى بعض مادخل تحت الاقرار لا تصح والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان انما كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لى ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء

لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثانى أن يقول المقرله العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث

مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلا قال المصنف فى تعليل جواب الوجه المذكور (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعنى أنهما تصادقا فى هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد فى يده كان عليه ألف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقرله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقرله تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لايدعيه أحد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء فى جوابه بان قال وليت شعرى أن ماذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة انتهى أقول ماذكر فى الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضى الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقرله فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولادعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقرله العبد اليه وأما ان لم يسلمه اليه بان هلك فى يده فلا يلزمه شئ كما هو الحكم فى ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ماذكر فى الكتاب قيل للمقرله ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقرله بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشترى بعد أن صح البيع وتم بل المراد منه أن لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان أردت الوصول الى حقك فسلم العبد ولاتضيعه وليس المراد بقوله وخذ الالف أخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب فى الواو بل هى للجمع مطلقا فلا يخالف ماتقرر فى البيوع من أن اللازم فى بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولا فخلاصة ماذكر فى الكتاب ههنا ماقال فى الوقاية وغيرها فان سلم المقرله لزمه الالف والا (والثانى) أى الوجه الثانى (أن يقول المقرله العبد عبدك) أى العبد الذى عينته عبدك (مابعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا) وسلمته اليك (وفيه) أى فى هذا الوجه (المال لازم على المقر لاقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أى وقد سلم العبد له حين اعترف المقرله بانه ملكه (فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ولا تفاوت فى هذا الوجه بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقرله كذا قالوا (والثالث) أى الوجه الثالث

تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فهو على ما أقر المقر لان بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقرله بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالارض والبناء كلاهما للمقر له لان بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله بناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار فى بعض ماتناوله الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء كلاهما للمقرله الاول لان بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر جعل مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولا بناء هذه الدار له لان صار مقرا بالبناء له وبقوله أرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء واقرار الانسان على غيره باطل (قوله بعد حصول المقصود) وهو سلامة العبد بيانه أن المقرله ادعى وجوب الالف بسبب بيع الآخر والمقر أقر بسبب شراء هذا العبد فلا يبالى بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا أقر بالف من ثمن متاع والمقرله يقول انه غصب أو قرض لا يبالى باختلاف السبب كذا ههنا

لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقرله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقرله تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لايدعيه أحد وذلك باطل والثانى أن يقول المقرله العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وكما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى ولا تفاوت فى هذا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو المقرله والثالث

(قوله فالحكم الامر بتسليم الثمن الخ) أقول لا التخيير بان يقال ان شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ثم أخذ الالف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى الخ) أقول وليت شعرى أن ماذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة

أن يقول العبــد عبدى ما بعتــك وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمـال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتــك غيره يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليــه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المـال هذا اذا ذكر عبدا بعينه (وان قال من ثمن عبــد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق فى قوله ماقبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع فانه أقر بوجوب المـال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا لان الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا

(أن يقول) أى المقر له (العبد عبدى) أى العبد الذى عينته عبدى (مابعتك وحكمه) أى حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أى فلا يلزم المال دون العبــد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت فى هذا الوجــه أيضا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له لانه اذا كان فى يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أى ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر به (انما بعتك غيره) ان غير ذلك العبد (يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه) أى وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه) أى على المقر (الالف) أى لزوم الالف (ببيع غيره) أى غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (واذا تحالفا بطل المـال) أى بطل المـال عن المقر والعبد سالم ان فى يده (هذا) أى ما ذكره من الوجوه (اذا ذكر) أى اقر (عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد) يعنى ان قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أى لم يعين المقر العبد المشترى (لزمه الالف ولم يصدق فى قوله ماقبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل) أى سواء وصل قوله ماقبضت العبــد المشترى بكلامه السابق أو فصل عنه (لانه) أى لان قوله ماقبضت (رجوع) عما أقر به (فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على) أى نظرا الى هذه الكلمة التى ذكرها أولا فى قوله له على ألف درهم اذ هى للايجاب (وانكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا) اى بالكلية (لان الجهالة) أى جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه) أى نسى المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع) خبر ان فى قوله لان الجهالة يعنى أن الجهالة توجب هلاك المبيع أى تجعل المبيع فى حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (واذا كان كذلك كان رجوعا) فان أول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع (فلا يصح وان كان موصولا) لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان أو موصولا أقول لقائل أن يقول يشكل التعليل المذكور ههنا من قبل أبى حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هنالك شئ بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليــل هنالك أيضا بان يقال ان أول الكلام اقرار بوجوب المال لرجوعا الى كلمة على وآخره ينافى الوجوب أصلا فيقتضى أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح ويمكن أن يجاب عنه بما أشار اليه المصنف فيما سيأتى فى مسئلة مالو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تمام الكلام هنالك انشاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء أورد على هــذا

(قوله ولو قال مع ذلك انمـا بعتك غيره) أى مع انكار العبد المقر به يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر (قوله واذا تحالفا بطل المـال) أى بطل المـال من المقر والعبد سالم لمن فى يده (قوله وانكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا) لان ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشترى الا بعد القبض لان مالا يكون بعينه فهو فى حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه مامن عبد يحضره الا وللمشترى أن يقول المبيع غير هذا

المقر له بدله وفى هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد فى يد المقر أو يد المقر له فانه اذا كان فى يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك أى مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعى لزوم المـال ببيع عبــد آخر تحالفا لان المقر يدعى تسليم من عينــه والآخر ينكره والمقر له يدعى عليــه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا تحالفا بطل المـال من المقر والعبــد سالم لمن هو فى يده وان كان الثانى لزمــه الالف ولا يصــدق فى قوله ماقبضت عنــد أبى حنيفة وصل أم فصل لانه رجوع عمـا أقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العــقد أو طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمــن فاول كلامــه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا

(قال المصنف لانه رجوع الى قوله لان الجهالة مقارنة الخ) أقــول فى تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بانه هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة (قوله فان اقراره صح رجوعا) أقول الاولى أن يقول كما فى الهــداية فانه أقر بوجوب الالف وتوجيه كلامه ان صح بمعنى ثبت أى ثبت اقراره بوجوب الالف

وقال أبو يوسف ومحمد المقر له اما أن يصدق المقر في الجهة أولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم أقبضه أو فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان أول كلامه موجب وآخره قد تغير لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان أقر أنه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك

وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وان أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له

التعليل المزبور كلاما آخر وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بانه هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى أقول لا الايراد بشئ ولا الجواب أما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك أصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضار البائع المبيع ههنا حتى يعترف المشتري بانه هذا وان أحضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه وأما الثاني فلانه كيف يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند أبي حنيفة في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيأ فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما أحضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شئ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد) أي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي أن يكون ذلك الالف من ثمن عبد (وان أقر) أي ان أقر المقر له (أنه) أي المقر له (باعه) أي باع المقر (متاعا) يعني ان صدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل وانما عبر المصنف ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك) أي وجه ما قاله الامامان (أنه) أي المقر (أقر بوجوب المال عليه) أي على نفسه حيث قال له على ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فان وافقه الطالب) يعني المقر له (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض) أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا القبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه أقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلا اذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا

لیعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد قوله (وبه لا يتأكد الوجوب) أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له

وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكأنه أقر بالقبض ثم رجع (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول يقول الشارح آنفا كما سيأتي (قوله وفي عبارته نظر الى قوله لوجود الفاء الخ) أقول في أوائل القسم الثالث من المفتاح وان توقف عليه ولا شبهة في وان أن الكلام فيه كلام من القبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور وقال السيد الشريف من شراحه دخول الفاء في قوله فيتوقف فلوقوع الفصل وان كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى فعلم من هذا جواب نظر الشارح

وان كذ به فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرالان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لامفصولا (ولو قال ابتعت منه بيعا الا أنى لم أقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل)لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول

أو منفيا بلا ففيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيد الشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وان كذبه) أى وان كذب الطالب المقر (فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه) وهو قوله له على ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (وآخره) أى آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أى انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا لمقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه بيعا) أى مبيعا وفى بعض النسخ عينا (الا أنى لم أقبضه فالقول قوله) أى قول المقر (بالاجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى وقال فى تعليلها (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) يعنى ان المقر ههنا انما أقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشترى (بخلاف الاقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع انتهى أقول وهذا النظر أيضا ساقط اذ الظاهر أن مراد المصنف ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر أن انكار القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا فلا بد فى نفاذ الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (ومعنى المسئلة) أى معنى المسئلة التى ذكرها القدورى (اذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره) يعنى قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبى حنيفة وصل أم فصل لانه) أى لان تفسيره (رجوع)عن اقراره (لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول

من ثمن عبد) أى صدقه فى الاصل وكذبه فى الجهة وان أقر انه باعه متاعا أى صدقه فى الاصل والجهة بان أقر انه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له فى أن ذلك من ثمن عبد يصدق وصل أم فصل وان كذبه فى ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه أقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له فى ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله فى انكاره القبض وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغير المقتضى أول الكلام لان مقتضى أول كلامه أن يكون مطالبا بالمال الحال ولكن احتمل أن لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغيير يصح موصولا ولا يصح مفصولا (قوله وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن الخمر أو الخنزير وانما قال ومعنى المسئلة بيانا

(ولو قال ابتعت منه) وفى بعض النسخ ابتعت منه بيعا أى مبيعا وفى بعضها عينا (الا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له على ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شئ لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب لان الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا

(قال المصنف بخلاف الاقرار بوجوب الثمن الخ) أقول المراد هو الاقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين فان انكار القبض فيه ينافى الوجوب أصلا كما سبق فليتأمل أو المطلق ينصرف الى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد (قال المصنف ومعنى المسئلة الى قوله وصل أم فصل) أقول يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبى حنيفة فيجوز أن يضيف الاقرار الى الموكل كما سبق من الشراح فى فصل الاقرار للحمل نظير هذا لكن وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب) أقول يعنى الايجاب الشرعى (قوله فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة) أقول يعنى وحسب أنه يجب الثمن به

كلامه الوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شئ) لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال (ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق)

كلامه وهو قوله على ألف (للوجوب) والرجوع عن الاقرار باطل (وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا وصل لا يلزمه شئ لانه) أى المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أى بأول كلامه (الايجاب) لانه يحتمل أنه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا فى الشروح أقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل فى هذه الصورة أن يبنى اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك وأما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى الكلام لان الكلام فى المسلم كما لا يخفى والدليل الذى ذكره المصنف ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أى صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما اذا قال فى آخره ان شاء الله) فانه يصدق هنالك اذا وصل فكذا ههنا أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال) يعنى أن قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا أقول فيه كلام من وجهين أحدهما ان المصنف قال فى مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق وقد بيناه هنالك أن المذكور فى بعض الكتب المعتبرة أن الاول مذهب أبى يوسف والثانى مذهب محمد وفى بعضها ان الامر بالعكس فاياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما بكون ذاك أيضا ابطالا وثانيهما أن المصنف قال هنالك فان كان الاول يعنى الابطال فقد بطل وان كان الثانى يعنى التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا فى أصله الا أنه ليس بتعليق فى باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن أن يجاب عن الاول بان الجواب المذكور ههنا من قبل أبى حنيفة يصير الزاميا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذاك ابطالا ولا يجب أن يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثانى بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن فى باب الاقرار تعليقا حقيقة لا أنه فى صورة التعليق وهذا القدر يكفى فى قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال فى آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هى ابطال محض وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقتا تامل واعلم أن القدورى لم يذكر فى مختصره هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى فأخذ المصنف منه ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب وأما اذا صدقه فى ذلك فلا يلزمه شئ فى قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم صرح به شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه وذكر فى بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أى ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال (أو نبهرجة) وهى دون الزيوف فانها مما يرده التجار أيضا (وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد (ان قال موصولا) أى ان ذكر قوله هى زيوف أو نبهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق وان قال مفصولا) أى ان ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير أقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن

لاسم الاشارة فى قوله وكذا لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لانه رجوع فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل أم فصل

فصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله وأجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له على ألف من ثمن أو متاع أقرضنى ألفا وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هى جياد لزمه الجياد عند أبى حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص لكن على أحد قولى أبى يوسف فان فى رواية عنه لا يصدق وان وصل

(قوله وهذا ابطال والابطال رجوع الخ) أقول مخالف ظاهر لما سبق فى الاستثناء بان شاء الله من قوله فان كان الاول فقد بطل الا أن يقال كان ذلك قول أبى يوسف (قوله فان فى رواية عنه لا يصدق الخ) أقول يعنى لا يصدق فى الستوقة والرصاص وأيضا اذا أقر بالفلوس لا يصدق فى الفلوس الكاسدة

وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وعلى هذا اذا قال الا أنها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة

نوع قصور فان قول أبي حنيفة فى هذه المسئلة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هى زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرح به ويقتضيه بيان الخلاف اذ أن كلمة ثم فى قوله ثم قال هى زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع فى كلام الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال فى باب الاقرار بالزيوف واذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى قول أبي حنيفة وصل أم فصل وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وعلى هذا نص محمد فى الاصل قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال هى) أى الالف (ستوقة) وهى أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أى أو قال هى رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن أبي يوسف وفى رواية أخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قاله أبو حنيفة كذا فى شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشى (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا قال الا أنها زيوف) بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف (اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف) بالجر وتجرى الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى معراج الدراية أقول فلابد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أى لابى يوسف ومحمد فى هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ما قاله المقر آخرا (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) أى ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (الا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف الى الجياد) لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيوف أو الستوقة فى آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال الا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا أقول لو تعرض المصنف فى أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضا لكان

كما لو قال على ألف درهم من ثمن متاع باعنيه الا أنى لم أقبض فانه لا يصدق فى قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزمه شئ لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب فصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال أى قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح (قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف والسلم ولا يصير استبدالا الا أن مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بياعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا الاصل فلذلك يشترط الوصل

درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا أطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة أن هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد لكون تغييرا بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى سليما كان القول للمشترى لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة

(قال المصنف وعلى هذا الى قوله فيصح الخ) أقول قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صح استثناء الزيافة منها قلنا صح ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف فان قوله على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهنالك صح هذا الاستثناء موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوع الدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة اليه أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية اه وفيه بحث اذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتأمل

والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله الا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهدا به ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف

ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

أو جه لانها مذكورة أيضا في أصل المسئلة فان قلت النبهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هنالك أيضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم أقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وتستوق أي زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتامل (ولابي حنيفة ان هذا) أي ما قاله المقر آخرا (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك (لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب) لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) في الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى أنها زيوف فقد أراد ابطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل (وصار) حكم هذا (كما اذا قال) البائع (بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول) هنالك (للمشتري لما بينا) أن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى أن الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم أم لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما أقر أولا بمطلق الدراهم وهما أدخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره (والستوقة ليست من الاثمان) أي ليست من جنس الاثمان (والبيع يرد على الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) أي فكان قوله الآخر (رجوعا) عما أقر به أولا أي فكان دعوى الستوقة بتأويل الادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء (لانه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لان أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أي بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان في قوله الا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لان استثناء الوصف لا يجوز) لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء في الدار) على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححاه ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف صار بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهنالك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها رديئة الى هذا أشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج

وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصح وصار كما لو قال الا أنها وزن خمسة أو ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل (قوله فالقول للمشتري لما بينا) أي أن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب (قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار) لان الصفة

واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة وان كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة (قال المصنف بخلاف الجودة) أقول أي بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف كذا في شرح الكاكي وحينئذ كان المناسب في فصل الحنطة لان الجودة بدل قوله لان الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصوري ثم اعلم أن في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا لانه بيان تغيير للمجمل وتمام التفصيل يطلب في غاية البيان (قوله أجيب بان الرداءة الخ) أقول هذا ليس على اطلاقه كما سيجيء في الصحيفة الثانية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول أي لم يكن ما يخالفه أعني الجودة (قوله فليس في بيانه تغيير) أقول بل فيه تفسير مجمل

بخلاف

بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها

الدراية وههنا بحث اذ حينئذ ينبغي أن يقبل اذا فصل فتامل أقول بحثه ليس بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها ردية فان قوله الا أنها ردية يقبل وان فصل كما صرحوا به الا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها ردية في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذلك بيان تفسير قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها ردية لان الرداءة نوع) أي منوعة (لا عيب) لان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية في أصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها ردية لم يكن له خيار الرد بالعيب (فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) أي عن الرداءة اذ ليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة مالم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا ومفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بان الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب انتهى أقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني أن الرداءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لانها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به أصل السؤال لان حاصله نقض القول بان استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم ثم أقول الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم أقول وأما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها ردية فجوابه أن يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا أنها ردية بيان وتفسير للحنطة في قوله على كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كر بر من ثمن مبيع أو قرض ثم قال هو ردىء فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل لان الرداءة ليست بعيب في البر انتهى حيث بدل قوله الا أنها ردية هو ردىء تنبيها على انه ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر أن جعل قول المصنف لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن فان قلت للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته وهو أن قوله الا أنها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الردية فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض

ليست مما يتناوله اسم الدراهم حتى استثني وانما نفت وصف الجودة المقتضي مطلق العقد (قوله لان الرداءة نوع لا عيب) فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية في أصل الخلقة فهو في معنى بيان

مالم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا كان أو مفصولا

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له

على أصل أبي حنيفة بما اذا قال الا أنها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول) المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف اذا وصل) يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لان القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضى بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالجياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف (فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (اليها) أي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانه رجوع عما أقر به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (قيل يصدق بالاجماع) يعني اذا وصل (لان اسم الدراهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل وأما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لان مطلق الاقرار) بالدين (ينصرف الى العقود) أي الى الالزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا الى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أي أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له)

النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو ردية ألا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة وأشار اليها والمشتري كان رآها فوجدها ردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعتك بهذه الدراهم وأشار اليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيادا لا زيافة فيها فعلم أن الزيافة عيب (قوله وقيل لا يصدق) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله فلا مقتضى له

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال (يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها) ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له

(قال المصنف وقيل الى قوله ينصرف الى العقود الخ) أقول أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان

في

في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا) وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا و يمكن أن يجاب عنه بانا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله أعلم بالصواب (قوله ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله فان

في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل واهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

أي لواحد من الغصب والايداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فان عقد البيع يقتضيها في الجياد أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف أو ايداعها تغيير الاول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وان فصل) قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا ان لو يتناول أول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد اما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض واذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقر به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانهما لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا انتهى كلامه أقول هذا كلام خال عن التحصيل أما أولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا اذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك ههنا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك في كون الزيافة نوعا أي منوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة منوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا تكون عيبا لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان أراد بذلك انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف (ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء أي لو جاء رادهما بالمعيب (كان القول قوله) أي للراد فان الاختلاف متى

في الجياد ولا تعامل) اما لا مقتضى فلما ذكر أن المقتضى هو عقد المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض ان لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالجياد

تغيير ثم أقول يشبه أن يكون القول الاول لمحمد والثاني لابي يوسف كما مر في مسئلة ابهام الاقرار المحمل في الورق السابق (قوله في الجهة الموجبة لها) أقول أي الموصوف وأنث الضمير بتاويل كون ذلك الموصوف دراهم وما شبهها (قوله والا كانت نوعا) أقول أي منوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول فيه شيء الا أن يراد بالضمير الراجع اليها السليمة على طريق الاستخدام

وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (وان قال في هذا كله ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا. وعن أبي يوسف انه لا يصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما مر جوابه (مفصولا) أي اذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق) هذه المسئلة مما ذكروه في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال (لان الستوقة ليست من جنس الدراهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أي اسم الدراهم (يتناولها) أي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه لان أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وان قال في هذا كله) أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع (ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان هذا استثناء المقدار) أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانه وصف) أي لان الزيافة وصف وذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) أي الاستثناء (تصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم امكان الاحتراز عنه) لان الانسان قد يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به

فينصرف الى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الجياد (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض) أي اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض (قوله اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضا (قوله يتناولها مجاز المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (قوله ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام)

الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو أقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال في هذا كله) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا الا أنه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه

(قال المصنف بخلاف الزيادة لانه وصف الخ) أقول في بعض ما ذكروه البيع والقرض وانما قلنا ذلك لما سبق آنفا من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصح الاستثناء فتأمل

(ومن

(ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وان قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق ان في الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين

بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم) فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أي المقر له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أي المقر (ضامن) يعني كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا أن ينكل المقر له عن اليمين (وان قال أعطيتنيها وديعة فقال) أي المقر له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أي لم يضمن المقر في هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف (والفرق) بينهما (ان في الفصل الاول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل (ثم ادعى) أي ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) أي ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا أقول فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كأخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا من قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وان أرادوا أن الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم أن في الفصل الاول أقر بالاخذ بغير الاذن بل أقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى أقول في الجواب بحث اذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب أن صدر الكلام ههنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلاث فأنى يكون موجبه الغصب وكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في

بسبب انقطاع النفس أو بسبب أخذ السعال فعن أبي يوسف رحمه الله انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير وذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا (قوله أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) ولانه كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده هذا تناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله وديعة رجوع عما أقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشترى باجل الثمن بعد ما أقر به والبائع يدعي معجلا فان قيل ينبغي أن يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة وبقوله

قال (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقر اما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه أو على فعل غيره كأعطيت فان كان الاول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على أن الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو أن يقول أعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله

وفى الثانى أضاف الفعل الى غيره وذاك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا

الكفاية من السؤال والجواب كذا قيل وفيه نوع تامل (وفى الثانى) أى وفى الفصل الثانى وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) أى ذاك الغير (يدعى عليه) أى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض فى هذا) أى فى الحكم المذكور (كالاخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالاعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت الى ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) أى الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا أقر بالقبض يضمن فينبغى أن يضمن اذا أقر بالاعطاء والدفع أيضا (فنقول) فى الجواب لا نسلم أن الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة اليه قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أى ملابس بخلاف ما (اذا قال) أى المقر (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك) أى فيما اذا قال المقر له أخذتها قرضا (على ان الاخذ كان بالاذن) لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة (الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك فكان القول للمنكر (فافترقا) أى فافترق ما اذا قال المقر له أخذتها غصبا وما اذا قال أخذتها قرضا أقول ههنا نظر لان الذى يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والالما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وأما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة وانكار المقر له اياه بقوله لا باقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الامر أن المقر له أيضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقى اقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب

وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيانا ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة يعنى على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا (قوله فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان) لان الثابت ضرورة عدم فى غير موضعها (قوله فان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فاخذتها) الى قوله والقول للمنكر أى بالاجماع وان قال آجرت دابتى هذه فلانا الى قوله وقالا القول قول الذى أخذ منه الدابة هذا كله اذا لم تكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر له لو كان الثوب معروفا انه للمقر أو الدابة أو الدار فقال

وفى الثانى ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضرورى فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر

(وان قال هـذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فاخذتها فقال فلان هى لى فانه يأخذها) لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليـه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال أجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال أجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) وجه القياس مابيناه فى الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عـدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصود والايداع اثبات اليـد قصـدا فيكون اقرارا به اعترافا باليد للمودع

اختلاف الحكم تأمل جدا (وان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فاخذتها) منـه فقال فلان هى لى فانه) أى فان فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لانه) أى لان المقر (أقر باليد له) أى لفلان وفى الكافى وأقر بالاخذ منه والسبيل فى الاخذ الرد على المأخوذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاقه الالف على فلان بقوله كانت لى وديعة عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها) على (أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول) له أى للمقر (وهذا) أى القول كون قول المقر (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبى حنيفة ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا فى شروح الجامع الصغير واليه أشار المصـنف بقوله (وهو القياس) أى قول أبى يوسف ومحمد هو القياس فيفهم منه أن قول أبى حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجـه القياس وجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر أما اذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه كذا فى المبسوط والايضاح وذكر فى الشروح (وعلى هـذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الاعارة والاسكان) بان قال أعرت دابتى هذه فلانا فركبها ثم ردها على أو أعرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ثم رده على وبان قال أسكنت دارى هـذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لى (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول فى هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابى حنيفـة ولكن ذلك ليس بثابت فى الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس مابيناه فى الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليـه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية) يعنى أن اليـد فيهما ليست بمقصودة بل هى ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدما) أى فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر فى حق الاستحقاق عـلى المقر لان ما يثبت بالضرورة يقتصر على قـدر الضرورة (فلا يكون) أى فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة (اقرارا له) أى للمقر له (باليد مطلقا) أى من كل وجه بل يكون اقرارا له باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة) فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به) أى بالايداع (اعترافا باليد للمودع) أقول لقائل أن

قبضته فيه فكان القول قول المقر فى قولهم لان الملك فيه معروف للمقر (قوله وعلى هذا الخـلاف الاعارة والاسكان) بان قال أعرتك دارى هذه ثم رددت على أو أسكنتك دارى هذه ثم رددت على وقال الآخر الدار دارى (قوله فى الصحيح) احترازعن قول بعضهم أن القول فى هذا قول المقر بالاجماع (قوله وجه القياس

(قوله القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) يعنى اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر أما اذا كان معروفا كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابى حنيفة وقوله (وجه القياس مابيناه فى الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليـد باى طريق كان كما لو قال ملكت عبدى لك بالف درهـم الا أنى لم أقبض الثمن ولى حق الحبس كان القول قوله وان

(قال المصـنف والايداع اثبات اليـد) أقول قال الاتقانى يعـنى ثبوت الملك انتهى والاظهر أن يقال يعنى فى حق الحكم باليـد للمقر له

و وجـه آخرأن فى الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيدثابتـة من جهتـه فيكون القول قوله فى كيفيته ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه

يقول ان أريد أن الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أى من كل وجه كما صرح به فى الكافى حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان أريد أن الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (و وجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (ان فى الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته) أى من جهة المقر (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليد له باى طريق كان كما لو كان فى يده عبد وقال هذا عبدى بعته من فلان ولم أسلمه اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدى لم أشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدى هذا فلانا بألف درهم الا انى لم اقبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه كذا فى العناية وشرح تاج الشريعة أخذا من الاسرار (ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه) أى لان المقر (قال فيها كانت وديعة وقد تكون) أى الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفعها اليه صاحبه كذا فى عامة الشروح أقول هنا كلام أما أولا فلان ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافى ما ذكره فى الوجه الاول من أن الايداع اثبات اليد قصدا الا ان اثبات اليد قصدا يقتضى الصنع فان قلت مراده أنها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا انما يقتضى صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم أن لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثانى صاحب الكافى أيضا اذ لا صنع لاحد فى ثبوت يد الملتقط فى اللقطة وفى ثبوت يد صاحب الدار فى الثوب الذى ألقته الريح فى داره وأما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافى ما صرحوا به فى أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هى التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فالقته فى بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) أى المقر (أودعتها كان) جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور فى مسائل الاجارة والاعارة والاسكان أقول بقى ههنا شئ وهو أن الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لى وأما على ما ذكرت فى الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر أن لفظة لى تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤل معنى قوله المذكور الى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه) أى عدم ذكر الاخذ (فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه) أى الاعارة والاسكان قال فى غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفى مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا بعكس اما على تاويلهما بالصورتين أو بالمسئلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام القمى فيما

مابيناه فى الوديعة) وهو قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو منكر فيكون القول قوله فى كيفيته (قوله وقد تكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذ الثوب اذا هبت به الريح فالقته فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه وكذا المودع اذا مات والوديعة فى يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف (قوله وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف

زعم الآخر خلافه وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح وألقت ثوبا فى دار انسان وقوله (وليس مدار الفرق) اشارة الى الرد على الامام القمى فيما ذكره أن الرد انما وجب فى مسئلة الوديعة لانه قال فيما أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها أى العارية والسكنى فردها على فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر فى الكتاب

(قال المصنف كان على هذا الخلاف) أقول على هذا الوجه بخلاف الاول كما لا يخفى

(قوله على الامام القمى) أقول القمى بضم القاف هو على بن موسى القمى تلميذ محمد بن شجاع البلخى وهو تلميذ حسن بن زياد وهو تلميذ أبى حنيفة وقم بلد معروف بالعراق

لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا

ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها فردها على فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا واليه أشار بقوله (لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا) بقى وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية وهو أن فى الاجارة والاعارة لو أخذنا المؤجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذان باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة وأما فى الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو أخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى أقول يرد عليه أن يقال تعود المنفعة فى الاجارة أيضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى المؤجر قطعا كما يعود فى الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا أن يقال منفعة الاجرة وان عادت فى الاجارة الى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستأجر ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا فى الجملة (وهذا) أى الذى ذكر فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت) أى قبضت (من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله) أى قول المقر له (لان الديون تقضى بامثالها) لا باعيانها (وذلك) أى قضاء الديون بامثالها (انما يكون بقبض مضمون) أى بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا) يعنى فى صورة الاجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ماذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبر ان شاء الله تعالى أقول لا يظهر لذى فطرة سليمة بتطبيق ماذكره بما فى المتن و يتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير فى كلام المصنف بل يظهر له نوع اختلال فى كلام الشارح أما الاول فلان قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضى تقديم ذلك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع موضع ذلك فقيل لان الديون تقضى بامثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء فى فاذا أقر مثل ما تم فى تقديم ذلك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح وأما الثانى فلانه علل قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء

الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاها الاعارة والاسكان هذا احتراز عن قول الامام القمى فانه قال انما وجب الرد فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وهنا قال فردها على فافترقا لافتراقهما فى الوضع وهذا ليس بشئ لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار وههنا فى الاجارة وأختيها وذكروا أن الفرق الصحيح ماذكر فى الكتاب أن اليد فى باب الوديعة

(وهذا) أى الذى ذكره فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ماذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبر ان شاء الله تعالى وباقى كلامه لا يحتاج الى شرح

(قال المصنف وذلك انما يكون بقبض مضمون) أقول لعله من قبيل سيل مفعم ان كان التركيب توصيفيا ويجوز أن يكون اضافيا (قوله وعليك بتطبيق الى قوله بحسن التدبير) أقول فيه بحث

ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما أقر له باليد وانما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

(باب اقرار المريض)

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء

انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر) أي والحال أن ذلك كله في يد المقر (فادعاها) أي فادعى الارض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لانه) أي لان المقر (ما أقر له) أي لفلان (باليد انما أقر بمجرد فعل منه) أي من فلان (وقد يكون ذلك) أي الفعل من الغير (في يد المقر) يعني أن الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها (وصار) أي صار حكم هذا (كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أي من الخياط (وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا) أي كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية تحصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض أو بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند أبي حنيفة القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

(باب اقرار المريض)

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وأفرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الاسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (باسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء

مقصودة الى آخره (قوله ولم يقل قبضته منه) قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف (قوله لانه ما أقر باليد انما أقر بمجرد الفعل منه) هذا احتراز عما اذا أقر الرجل أن فلانا ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضي به للساكن على المقر لان السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه وما ثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط (قوله وقد يخيط ثوبا في يد المقر) بان خاط في بيت المقر والله أعلم

(باب اقرار المريض)

(قوله والديون المعروفة الاسباب) كما اذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه أو اشترى شيئا وعاين الشهود قبض المبيع أو استاجر شيئا بمعاينة الشهود أو تزوج امرأة بمهر مثلها وعاين

(باب اقرار المريض) أفرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح وأخره لان المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل في مرض موته الخ) اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة أو أقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقر بها (وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء

(باب اقرار المريض) قال المصنف (واذا أقر الرجل الى قوله مقدم) أقول التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على انه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة الى قوله ومناكحة) أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فينبغي أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى ثم أقول القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب اليه بعض أصحابنا الا دليله على ما هو المختار وأشار اليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا

سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل) اذ الغرض فيه المضاف الى محله وهى الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة أو مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب فى الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب فى ذمته ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلا اذا أحاطت الديون بماله

سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفى اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض لوصفى العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب فى الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب فى الذمة ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصى والانابة عما جرى فى الماضى فالاحتراز عن الكذب فى هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أوفر كذا فى الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعى بالوجه الذى ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعى الدين فى المرض يساوى الدين فى الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر فى علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار فى الصحة على مساواته لاعلى دينى الصحة وهو الدين اللازم فى الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشئ الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثانى وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى دينى المرض وهو الدين الثابت بالاقرار فى المرض للدين الثابت بالاقرار فى الصحة على مساواة أعلى دينى المرض وهو الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار فى الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شئ وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشئ بالاولوية لكنه لا يجدى شيأ ههنا اذ الكلام فى قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض الدين اللازم فى الصحة باسباب معلومة تمم عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة فى التنبيه عليه أصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهى ذمة الحر البالغ العاقل وهى فى حالتى الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة فى سبب الوجوب وفى محله فيستويان فى الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أى صار اقراره فى المرض كانشاء التصرف بالبيع والنكاح فى حالة المرض وذلك مساو لتصرفه فى حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) أى اذا تضمن ابطال حق الغير كالورهن أو آجر شيأ ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره فى حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفى اقرار المريض ذلك) أى ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعنى مال المريض (استيفاء) أى من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أى المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية أى فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا لا فى الثلث ومادونه

الشهود النكاح وعليه ديون الصحة فان هذه الديون تساوى ديون الصحة (قوله وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب فى اخباره والاقرار اخبار عن الواجب فى ذمته فلا يكذب فى اقراره لوجود هذين الوصفين فى المقر وفى هذا لا تفاوت بين أن يكون المقر صحيحا أو مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما أن المرض حالة التوبة والانابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهى ذمة الحر البالغ العاقل (قوله ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) هذا

(قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أى هو الاقرار الصادر عن الاهل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقى ههنا شئ وهو ان ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وبهذا يخرج الجواب عن قوله ومحل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كان الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير فى المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتامل ثم رأيت فى الكفاية ما يتوهم كونه جوابا عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام لحصول التقريب بالاولوية

وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

انتهى واقتفى أثره صاحب العناية فى حل هـذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شئ من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكرة فى سياق النفى فحينئذ يصير معنى كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلا ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه فى حل هذا المحل أن يقال ماذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أى بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور فى صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذى مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا فى قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعى من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض كما لا يمنع عنهما فى حال الصحة (أقول) يرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فى حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله فى تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك فى تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعى لان ما ادعاه استواء حالتى الصحة والمرض فى حق غرماء الصحة والمرض لا فى حق الورثة ثم أقول كان الحق للمصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعى قطعا ويصح التفريع على ماقبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكأن الامام الزيلعى تنبه لقصور ماذكره المصنف ههنا فى التفريع حيث قال فى شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذى لا محيد عنه فى تنقيح الكلام ههنا الافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين فى المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما فى ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهدى النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا فى المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء النكاح يعنى لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (وهو) أى النكاح (بمهر المثل) هـذه جملة حالية يعنى أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا فى العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا

استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو أن المريض لما تعلق به حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى وفى هذا جواب أيضا عما ادعاه الشافعى من استواء حالة الصحة وحالة المرض (قوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء أو جوارى

وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفى هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعى من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض كما فى حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة أجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت (قوله بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معترضة

تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اه وأنت خبير بان عدم استقامة التفريع باق بعد قال المصنف (بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) أقول سيجىء ان قضاء الدين أيضا من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل

يجوز أن يكون حالا يعنى ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها (قوله وبخلاف المبايعة) يعنى ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المدون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير ليس بمعتبر كم مر أجاب بقوله (وفى حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير) فلم يحتج الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر فى المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح فى حق غرماء الصحة لذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعنى أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة الحجر) فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتى الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره فى حالة المرض ولا يمنع الاقرار فى أول المرض عن الاقرار فى آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقى الكلام فى تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفى حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

(أقول) كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهى تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبتنى الامر عليها اليه أشار فى الاسرار وذكر فى الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعى من انشاء المبايعة يعنى ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية فى المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن فى انشاء ذلك ابطال شئ من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجاب بقوله (وفى حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أى بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أى لقدرة المديون على الاكتساب فى تلك الحالة (فيتحقق التثمير) أى تثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله أى كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله فى هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر فى المرض ثانيا ينبغى أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره فى المرض فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أى حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أى لان المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران فى المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتى الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى) أى حالة الصحة (حالة اطلاق) التصرف (وهذه) أى حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف قال فى غاية البيان لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترقا) أى افترق الوجهان أو الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره فى حالة المرض ولم يمنع الاقرار فى أول المرض عن الاقرار فى آخره ثم ان الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة

أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة قلنا النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبنى الامر عليها (قوله وهذه حالة العجز) يعنى انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه يتوى دينه لان المريض يتلف المال سريعا فيؤدى الى ابطال حقه فيهم (قوله وحالتا المرض واحدة) أى حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصلها الموت حالة واحدة هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله لان حق

(قوله يجوز أن يكون حالا) أقول يعنى من المستتر فى الخبر (قوله يعنى ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل) أقول وفيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة حجر سبقنى اليه الاتقانى (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

واغا تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لاتهمة فى ثبوتها اذ المعاين لامرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض

على الدين الثابت بالاقرار فى حالة المرض وبقى الكلام فى تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال (واغا تقدم المعروفة الاسباب) يعنى انما تقدم الديون اللازمة فى حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار فى حالة المرض (لانه لاتهمة فى ثبوتها) أى فى ثبوت تلك الديون (اذ المعاين لامرد له) يعنى أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعاين لامرد له فتقدم على المقر به فى المرض (وذلك) أى ماذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه) كثمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أى أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أى وجوب البدل (بغير اقراره) أى بغير اقرار المريض بان يثبت وجوبه بمعاينة القاضى أو بالبينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى كانه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فانه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول) الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط فى هذا المثال أيضا والا كان مما يثبت باقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب واذا كان ذلك شرطا فى هذا أيضا الا يرى فى تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به الى قوله لانه لاتهمة فى ثبوتها فان تلك العلة أعنى عدم التهمة فى الثبوت كما تتمشى فى الدين اللازم فى المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لامرد له كذلك تتمشى فى دين الصحة مطلقا أما فيما لزم فى الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لامرد له وأما فيما ثبت فى الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون فيه ابطال حق الغير كما فى اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لامرد له (أقول) ليس هذا بتام لان تلك العلة أعنى قوله اذ المعاين لامرد له لا تتمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ماذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعنى فى النكاح ولاتهمة فى ثبوته فى غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لاتهمة فى ثبوتها مع قربه فى الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به فى شرح قوله ههنا لما بينا فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لاتهمة فى ثبوتها والى قوله فى بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لاتهمة فى ثبوتها (أقول) ان أرادا أن قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين فى الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان أرادا انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية فقط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين فى يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) اقراره (فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقر به ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ومفادها ان الاقرار بالعين فى المرض كالاقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعى ذكر المصنف هذه المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال

(واغا تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لاتهمة فى ثبوتها اذ المعاين لامرد له) فتقدم على المقر به وتصير مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الاصلية يعنى فى النكاح ولاتهمة فى ثبوته فى غيره قال (ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح) الاقرار بالعين فى المرض كالاقرار بالدين فيه بمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين

(قوله ولاتهمة فى ثبوته فى غيره) أقول فيه بحث فان الظاهر من كلام المصنف ان قوله لاتهمة فى ثبوتها يعم النكاح وغيره قال الاتقانى قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لامرد له اهـ وفيه بحث أيضا

غرماء الصحة تعلق بهذا المال بان يقال لو كان تعلق الدين المقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغى أن لا يصح

لان

لان فی ایثار البعض ابطال حق الباقین وغرماء الصحة والمرض فی ذلك سواء الا اذا قضی ما استقرض فی مرضه أو نقد ثمن ما اشتری فی مرضه وقد علم بالبینة قال (فاذا قضیت) یعنی الدیون المقدمة (وفضل شیء صرف الی ما أقر به فی حالة المرض) لان الاقرار فی ذاته صحیح وانما رد فی حق غرماء الصحة فاذا لم یبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم یکن

فی تعلیلها (لان فی ایثار البعض ابطال حق الباقین) وهو لا یصح فان فعل ذلك لم یسلم المقبوض للقابض بل یکون ذلك بین الغرماء بالحصص عندنا نص علیه فی المبسوط وغیره وقال الشافعی المقبوض سالم للقابض لان المریض ناظر لنفسه فیما یصنع فربما یقضی دین من یخاف أن لا یسامحه بالابراء بعد موته بل یخاصمه فی الآخرة والتصرف علی وجه النظر غیر مردود والجواب ان النظر لنفسه انما یصح اذا لم یبطل حق غیره (وغرماء الصحة والمرض فی ذلك سواء) أی وغرماء الصحة وغرماء المرض الذین کانوا غرماء فی الدیون المعروفة الاسباب سواء فی عدم جواز ایثار البعض علی البعض بقضاء الدین والعلة اشتراك الکل وتساویهم فی تعلق حقهم بمال المریض (الا اذا قضی ما استقرض فی مرضه) هذا استثناء من قوله ولا یجوز للمریض أن یقضی دین بعض الغرماء دون البعض وقوله فی مرضه متعلق بالفعلین جمیعا أعنی قضی واستقرض فالمعنی الا اذا قضی فی مرضه ما استقرض فی مرضه وکذا قوله (أو نقد ثمن ما اشتری فی مرضه) أی نقد فی مرضه ثمن ما اشتری فی مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبینة) أی والحال أنه قد علم وجوب کل واحد من القضاء والنقد بالبینة أو بمعاینة القاضی فحینئذ یجوز أن یخص المریض المقرض والبائع بقضاء دینهما ویسلم المقبوض لهما ولا یشارکهما فی ذلك غیرهما لانه لم یبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الی محل یعدله وکان تعلق حقهم بالمالیة لا بالصورة والمالیة لم تفت بالتحویل وفی المبسوط أرأیت لو رد ما استقرضه بعینه أو فسخ البیع ورد المبیع أکان یمتنع سلامته المردود علیه لحق غرماء الصحة لا یمتنع ذلك فکذلك اذا رد بدله لان حکم البدل حکم المبدل قال فی النهایة وذکر فی الذخیرة باوضح من هذا فقال فان قضی المریض دیون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن یشارکوهم فیما قبضوا قالوا لا یشارکون المقرض والبائع ویشارکون المرأة والآجر لان المریض بقضاء دین المقرض والبائع لم یبطل حق غرماء الصحة لما ذکرنا أن حق غرماء الصحة فی معنی مال المریض لا فی أعیانه وهذا لا یکون ابطالا لحقهم بل کان نقلا لحقهم وله ولایة النقل ألا یری أنه لو باع ماله لیوفی حقوقهم کان له ذلك فاما فی النکاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أبطل حق غرماء الصحة عن عین المال وعن مالیته لان ما وصل الیه من المنفعة لا یصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فی حقهم وعدمه بمنزلة فکان ابطالا لحقهم ولیس له ولایة لابطال انتهی (قال) أی القدوری فی مختصره (فاذا قضیت) علی صیغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (یعنی الدیون المقدمة) وأراد بالدیون المقدمة دیون الصحة والدیون اللازمة فی المرض باسباب معلومة (وفضل شیء) هذا من کلام القدوری یعنی وفضل شیء من الترکة بعد قضاء الدیون المذکورة (یصرف الی ما أقر به فی حالة المرض) قال المصنف فی تعلیله (لان الاقرار فی ذاته صحیح) أی محمول علی الصدق فی حق المقر لصدوره عن أهله فی محله اذ الکلام فیه فیکون حجة علیه (وانما رد فی حق غرماء الصحة) لکونه متهما فی حق الغیر (فاذا لم یبق حقهم ظهرت صحته) أی صحة اقراره فی المرض لزوال المانع (قال) أی القدوری فی مختصره (وان لم یکن

اقرار المریض بالدین ثانیا بعد ما أقر أولا فی حال مرضه لتعلق حق المقر له الاول بماله کما لا یصح اقراره فی حال المرض اذا کان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب عنه وقال لیس کذلك لان الاقرارین فی حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لکون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة فی حق الحجر کما أن أحوال الصحة کلها بمنزلة حالة واحدة فی حق الاطلاق (قوله وغرماء الصحة والمرض فی ذلك سواء) أراد من غرماء المرض ما یکون لهم الاسباب المعروفة لان حق الکل فی التعلق بماله علی اعتبار الموت علی السواء (قوله الا اذا قضی ما استقرض فی مرضه أو نقد ثمن ما اشتری فی مرضه وقد علم بالبینة) لانه لیس فیه ابطال حق الغرماء لانه حصل

(لان فی ذلك ابطال حق الباقین) فلا یصح فان فعل ذلك لم یسلم المقبوض للقابض بل یکون بین الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعی یسلم له ذلك لان المریض ناظر لنفسه فیما یصنع فربما یقضی من یخاف أن لا یسامحه بالابراء بعد موته ویخاصمه فی الآخرة والتصرف علی وجه النظر غیر مردود والجواب ان النظر لنفسه انما یصح اذا لم یبطل حق غیره (قوله الا اذا قضی ما استقرض) استثناء من قوله ولا یجوز للمریض ومعناه اذا قضی فی مرضه ما استقرضه فی مرضه أو نقد ثمن ما اشتری کذلك وقد علم ذلك بالبینة أو بالمعاینة جاز وسلم المقبوض للقابض لا یشارکه غیره لانه لم یبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الی محل آخر یعدله أرأیت لو رد ما استقرضه بعینه أو فسخ البیع ورد المبیع أکان یمتنع سلامته المردود علیه لحق غرماء الصحة لا فکذلك اذا رد بدله لان حکم البدل حکم المبدل (فاذا قضیت الدیون المقدمة) بنوعیها (وفضل شیء صرف الی ما أقر به فی حالة المرض لان الاقرار فی ذاته صحیح) أی محمول علی الصدق فی حقه حجة علیه (وانما رد فی حق الغرماء الصحة فاذا لم یبق لهم حق ظهرت صحته وان لم یکن

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول یعنی نقد فی مرضه

عليـه ديون فى صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير (وكان المقرله أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنـه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته فى التكفين

عليه) أى على المريض (ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف فى تعليله (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعنى أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر فى وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة فى المرض باسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه باسباب معلومة (وكان المقرله أولى من الورثة) هـذا من كلام القدورى أيضا قال المصنف فى تعليله (لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهرزاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى فى الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء فى النقل الى أحدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها و بعضهم الى الآخر كما وقع فى الهداية والكافى وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل و يؤيد ذلك ماذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ماروى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبى جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه و بين الجنة قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه و بين الجنـة كذا فى الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أى حاجة الميت (فى التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصليـة لا يتم ماذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض و بين الدين اللازم بمعاينة بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هذان دين الصحة والدين اللازم فى المرض باسباب معلومـة أو تحققا ولكن فضل شئ من التركة بعد قضائهما وأما اذا تحققا ولم يفضل شئ من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية أن يرفع به الحائل بين المديون و بين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه و بين الجنة مالم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهـذه العلة متحققة فى كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا أقر بدين فى مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به فى مرضه و بين مالزم بنكاحه عـدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهـمة وظهور ثبوت الثانى اذ المعاين لامرد له لا عـدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثانى منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف

عليـه ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير (وكان المقرله أولى مـن الورثة لقول عمر رضى الله عنـه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) فان قيـل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بان ذلك فى الوصيـة وما فى معناها والاقرار للاجنبى ليس من ذلك كما سـيأتى (ولان قضاء الدين مـن الحوائج الاصلية) لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهـذا يقـدم تجهيزه وتكفينه

قوله كما سيأتى) أقول فى آخر الصحيفة

فى يده مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصـل له مثله لا يعد تفويتا بخلاف مالو قضى مهر امرأة تزوجها فى المرض أو أجرة دار استأجرها لم يسلم لهما و يشاركهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما ابطالا لحق الغرماء كذا فى المبسوط (قوله

قال

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية الورثة، وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين (الا أن يصدقه فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيي الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم، وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور وعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل اذلا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله (لانه) أي لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) اى في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بانه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شئ من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا لو لم نعتبر اقراره يصير كانه مات مجهلا فيجب الضمان ولا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا ألا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكأن تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) رواه الدارقطني في سننه

لترجح جانب الصدق) اذ العقل يمنعه عن الاقدام على الكذب وبالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والانابة (قوله وبوارث آخر) والجامع هو أن حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث آخر وهو صحيح بالاتفاق فينبغي أن يصح هذا الاقرار أيضا اذ كل واحد من الاقرارين اضرار بالوارث المعروف (قوله وبوديعة مستهلكة) أي أقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الا أن يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته (فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ما روى عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر الوارث فهو باطل الا أن

قال المصنف (لانه اظهار حق ثابت الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف هنالك والمعنى لاستواء سببي ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه فمات وجب الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الاتقاني (قوله لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق

عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذى رواه الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذى روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا أن يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أى ففى تخصيص بعض الورثة بماله (ابطال حق الباقين) أى ابطال حق باقى الورثة وهو جور عليهم فيرد ونذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقلى فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن تقديم قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يابى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلى المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على

معاينة وفى الجامع الكبير أودع اباه ألف درهم فى حالة صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الاب الموت قال استهلكتها وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وجوابنا عن ذلك انا لو لم نعتبر اقراره يصير مجهلا ويجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة فى المعاينة (قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه) فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين

يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس (ولان حق الورثة تعلق بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين) ونذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الاقرباء بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فانه اذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (ففى تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفى بالواو قال المصنف (ولان حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله ولهذا الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

الا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة فى الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح اقراره قال (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله) لما بينا والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه

قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسط قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال فى الكافى ولانه آثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو أوصى له بشئ من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال فى التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض (لم يظهر فى حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أى لحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (فى الصحة) أى فى حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية فى حالة المرض لم تقض حاجته فى حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) فى الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أى وكذا لم يظهر هذا التعلق (فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أى لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أى اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أى أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة) واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العينى وفى العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه)

لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض يزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار ايصال نفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه علك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره ألا ترى أن الوكيل يصح اقراره بالبيع قبل العزل لا بعده ولان تعلق حق الورثة بماله فى المرض لا يظهر فى حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة معه فى الصحة فلو تحجر عن الاقرار بالمرض

بلا تخصص (الا ان هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة فى حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فان قيل فالحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا (لم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبي جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبي صح وان أحاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضى جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى الثلث الباقى لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار فى الثلث الثانى ثم وثم الى أن يأتى على الكل فان قيل للمريض حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله صح له التصرف فى ثلث الباقى لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتى على الكل فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس

(قوله كما مر) أقول فى آخر الصفحة السابقة

علیه الا أنا نقول لما صح اقراره فی الثلث كان له التصرف فی ثلث الباقی لانه الثلث بعد الدین ثم وثم حتی یاتی علی الكل قال (ومن أقر لاجنبی ثم قال هو ابنی ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان أقر لاجنبیة ثم تزوجها لم یبطل اقراره لها) ووجـه الفرق ان دعوة النسب تستند الی وقت العلوق فتبین أنه أقر لابنه فلا یصح ولا كذلك الزوجیة لانها تقتصر علی زمان التزوج

أی تصرف المریض (علیه) أی علی الثلث وتعلق بالثلثین حق الورثة ولهذا لو تبرع بجمیع ماله لم ینفذ الا فی الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ینفذ الا فی الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن یقول الشرع انما قصر علی الثلث تصرفه الذی لم یكن من الحوائج الاصلیة دون مطلق التصرف والالزم أن لا ینفذ تصرفه فی نحو ثمن الاغذیة والادویة الا فی مقدار الثلث ولم یقل به أحد وقد تقرر فیما مر أن قضاء الدین من الحوائج الاصلیة فلم یجر القیاس المذكور فی الاقرار بالدین اللهم الا أن یدعی أن كون قضاء الدین من الحوائج الاصلیة علی موجب الاستحسان أیضا دون القیاس (الا أنا نقول) فی وجه الاستحسان (لما صح اقراره فی الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره فی ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف فی ثلث الباقی لانه الثلث بعد الدین) والثلث بعد الدین محل التصرف قد عا فینفذ الاقرار فی الثلث الثانی (ثم وثم حتی یاتی علی الكل) كذا فی الایضاح وعامة المعتبرات (أقول) فیه شئ وهو أن الاتیان علی الكل غیر متصور فی الوجه المزبور أما علی القول بالجزء الذی لا یتجزأ كما هو مذهب المتكلمین فظاهر لان التثلیث اذا انتهی الی ثلاثة أجزاء فاخرج منها أحدها وبقی جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذینك الجزأین الباقیین لعدم امكان التجزؤ فی شئ منهما وأما علی القول بامكان القسمة الی غیر النهایة كما هو مذهب الحكماء فكذلك لان الثلث فی كل مرتبة لا یحتمل أن یكون عین الكل للقطع بمغایرة الجزء للكل لا یقال مرادهم الاتیان علی قریب من الكل لا علی الكل حقیقة لانا نقول فحینئذ لا یتم التقریب لان المدعی جواز الاقرار لاجنبی وان أحاط بكل ماله حقیقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصیة بجمیع ماله اذا لم یكن علیه دین فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جریان الطریق المزبور فیها لان المریض له حق التصرف فی ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه فی ثلث ماله كان له التصرف فی ثلث الباقی لما أن جمیع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فیجب أن تنفذ وصیته فی ثلثه أیضا ثم وثم الی أن یاتی علی الكل وأجیب بان الثلث بعد الدین محل تصرف المریض فلما أقر بدین انتقل محل التصرف الی ثلث ما بعده ولیس الثلث بعد الوصیة بشئ محل تصرف المریض وصیة وانما محل الوصیة ثلث المجموع لا غیر فافترقا (قال) أی القدوری فی مختصره (ومن أقر لاجنبی) فی مرضه بمال (ثم قال هو ابنی ثبت نسبه منه) أی ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل اقراره) بالمال (فان أقر لاجنبیة ثم تزوجها لم یبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصیة حیث بطلتا لها أیضا وقال زفر بطل الاقرار لها أیضا لانها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهی المعتبر فی الباب وانما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أی بین المسئلتین (ان دعوة النسب تستند الی وقت العلوق فتبین انه أقر لابنه فلا یصح) یعنی ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الی وقت العلوق فتبین بذلك أن اقرار المریض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجیة لانها تقتصر علی زمان التزوج) یعنی أن

یمتنع الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الی ابقاء نسله فلا یحجر بحق الورثة كما لا یحجر عن الانفاق لبقاء نفسه فان قیل لو أقر لامرأته بمهر هاصدق الی مهر مثلها قلنا لانهمة فی حق اقراره لوجوب مهر المثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره ألا ترى أن عند المنازعة جعل القول قولها الی مقدار مهر مثلها ولهذا لو أقر لها بزیادة علی مهر مثلها بطلت الزیادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم فی حقها لانها من ورثته (قوله وان أقر لاجنبیة ثم تزوجها لم یبطل اقراره لها) قید بالاقرار لانه لو وهب لها

الثلث بعد الوصیة بشئ محل تصرف المریض وصیة بل الثلث محلها لیس الا فافترقا قال (ومن أقر لاجنبی الخ) المقر له اما أن لا یكون وارثا للمریض أو یكون وارثا والوارث اما مستمر أو غیر مستمر وغیر المستمر اما أن یكون وارثا حالة الاقرار غیر وارث حالة الموت لحجب أو لغیره واما أن یكون وارثا حالة الموت غیر وارث حالة الاقرار لحجب أو لغیره وما لغیره فاما أن یكون سبب الارث مما استند الی وقت العلوق أو لا واما أن یكون أعنی غیر المستمر وارثا فی الحالین غیر وارث بینهما فذلك ثمانیة أوجه ففیما لم یكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفیما كان وارثا مستمرا لا یصح بالاجماع وفیما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء لحجب كما اذا أقر لاخیه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقیق صح الاقرار باتفاق بین أصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم یكن عنده وارثا كان كالاجنبی وان كان لغیره أی لغیر الحجب كما اذا طلق زوجته فی مرضه ثلاثا بامرها وقد أقر لها بدین فلها الاقل من الدین

(قوله وما لغیره) أقول أی لغیر الحجب (قوله واما أن یكون) أقول معطوف علی قوله واما أن یكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف علی قوله اما أن یكون وارثا حالة الاقرار (قوله كما اذا طلق زوجته فی مرضه ثلاثا بامرها) أقول لابد من التامل فی أن الصورة المذكورة فی الكتاب بقوله ومن طلق زوجته فی مرضه ثلاثا ثم أقر الخ فی أیة هذه الصورة یندرج فانها لم تندرج فیما ذكره الشارح لمكان ثم فی عبارة الكتاب والمذكور فی الشرح لما كان المقر له وارثا حال الاقرار فبقی

فيبقى اقراره لاجنبية قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولاتهمة في أقل الامرين فيثبت

الزوجيـة اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فيبقى اقراره لاجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هنالك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لاترثه ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هنالك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هنالك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شئ منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسطور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور الا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بون لايخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانهما) أي الزوجين (متهمان فيه) أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار بهذا الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز (وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أي فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولاتهمة في أقل الامرين فيثبت) أي أقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى

والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولاتهمة في الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان للحجب كما اذا أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند كما اذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرر صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار هبة أو أوصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ واذا أقر المريض لاخيه

(قوله كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره) أقول والاقرار للابن المحروم اذا أسلم أو عتق بعد الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجيء في كتاب الوصية

(فصل) (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه فى يد نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة فى الميراث)

الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهى منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح

(فصل فى بيان الاقرار بالنسب) قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثانى ولا ريب فى أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثانى بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أى مثل ذلك الغلام (لمثله) أى لمثل المقر يعنى همافى السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أى للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أى أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أى فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة أى ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعنى أن النسب فى الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أى لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) أى تصديق الغلام (لانه فى يد نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه) واذا كان فى يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر فى التبيين (أقول) ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط فى لزوم ما أقر به هنالك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر فى صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال فى ذلك أيضا ان الحق له فينبغى أن لا يثبت بدون تصديقه وقال فى البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول) تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال فى التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندى اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفى بعضها مشقة على المقر له ففى الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فقبه بمن التزامه (بخلاف الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لانه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أى فى باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة فى الميراث) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره أى ويشارك

والمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فان اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث الا أنه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه وأما فى الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر الى ما قبل العلة والله أعلم

(فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله) لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام (قوله على ما مر من قبل) أى فى فصل التنازع بالايدى من كتاب الدعوى

(فصل) ذكر الاقرار بالنسب فى فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلاث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر فى اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه فى يد نفسه بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه على ما مر فى باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته

(فصل ومن أقر بغلام) (قوله لقلته) أقول هذا وجه التأخير وأما وجه ذكره فى فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره

لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات (أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح بار بعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى (أقول) لا نسلم أن الاقرار بامومية المرأة فيه تحمل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقل أحد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل

(قوله ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) أي اذا صدقوه الا الولد اذا كان صغيرا في يده

قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة أو المرض لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والايضاح والجامع

قال المصنف (ويجوز اقرار الرجل الخ) أقول وفيه بحث فان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك فليتأمل (قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تامل فان الاقرار بامومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت

(ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج) لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانه دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (لان فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم (الا أن يصدقها الزوج) استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أي أو الا أن تشهد قابلة بولادته أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا

(قوله لما بينا) أي لانه أقر بما يلزمه (قوله وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) وهو ما ذكر في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها (قوله ويقبل اقرار المرأة بالوالدين) ذكر في بعض الفوائد ينبغي أن يقال بالوالد لانه يرى أي تناقضا لان هذا الكلام يقتضي أن أحد الو قال هذه أمي وصدقته يصح وذكر بعد هذا أن اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام ثمة في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها الزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت أن اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها الابنته يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا (قوله وقد مر) لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطء ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه بمجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن أن يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن بمجرد قولها فيه حجة

الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقر بما يلزمه الخ وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا أن يصدقها الزوج لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق (قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

متزوجة وان قيد بعدم التزويج فاقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

ولابدمن تصديق هؤلاء ويصح التصديق فى النسب بعدموت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدموتها لان الارث من أحكامه وعند أبى حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع

أقر بالاخ بعدموت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ماسيأتى فى الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كماذكر فى المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهى صحة اقرار الاب بالولد و وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الاربعة أو الجسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أى ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرر بالصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الجسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه فى موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبى المقر وأمه بخلاف من صح اقراره فى حقه كماذكرناه والثانى صحة رجوع المقر عما أقر فى حق من سوى الاربعة أو الجسة وعدم صحته فى حق هؤلاء فان من أقر فى مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال و باعتبار أن اقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته الى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى قال المصنف (ولابد من تصديق هؤلاء) أى لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم فى أيدى أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا فى الكافى وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبد له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغيره يشترط تصديق مولاه كذا فى التبيين (ويصح التصديق فى النسب بعدموت المقر) يعنى أن المقر له بالنسب اذا صدق فى حال حياة المقر يصح وكذا اذا صدق بعدموته (لان النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعدموت المقر حتى يثبت به أحكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشترى لان الاقرار تام فى نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشترى ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ركن اه (وكذا تصديق الزوجة) أى وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها فى الاقرار بالزوجية بعدموت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ألا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعدموتها) أى وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعدموتها فى الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أى من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبى حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدموتها (لان النكاح انقطع

(قوله لان حكم النكاح باق) لانه مالك فيبقى ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها أن تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها لو كانت ذا حق عليها (قوله يصح تصديق الزوج بعدموتها) لان الارث

(ولابد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها ويصح التصديق فى النسب بعدموت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعدموت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ماذكرنا مجازا فلا اشكال

بالموت ولهـذا لايحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها (ولهذا لايحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما فى العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لايحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذى هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أى لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أى حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أى الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لايخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم فى تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل بصحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذى هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبار انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس بتام لان العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمى أو تكون حربية خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها فى هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبي حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية فى هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفى تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب و يثبت بعد الموت ففى صحة الاقرار صحة لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شئ وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا فى النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم أشير الى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدى نفعا اذ الكلام فى المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فممنوع بل وجوبها فى المعتدة

يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

من أحكامه وهذا لان النكاح ينتهى بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء والمنتهى متقرر فى نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق قد وجد والاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها فى حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موتها فى حق

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره فى النسب) لان فيه حمل النسب على الغير (فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف

بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالاشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث فى مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا فى الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبى (نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا فى الكافى (لا يقبل اقراره فى النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر فى التحفة وغيرها (لان فيه) أى فى هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان فى الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخا له وفى الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفى الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفى الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه (فان كان له) أى للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كاصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الارحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقر باخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقر له (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره فى النسب وقع فى محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك أن الرجل اذا أقر فى مرضه باخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شئ للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع

الميراث أيضا وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت وأما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهى فى حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات ستحدث فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث فى مسئلتنا كذلك قلنا ان الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ (قوله قريب أو بعيد) نحو أن يقر باخ وله عمة أو خالة فالارث لهما دونه لانه لا يملك

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر باخ أو عم لم يقبل فى النسب لان فيه حمله على الغير وأما فى الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثانى على نفسه وهو مسموع لان له التصرف فى مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له وبقية كلامه لا تحتاج الى بيان

(وان لم يكن له وارث استحق المقرله ميراثه) لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر باخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه باخ وصدقه المقرله ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الارث) لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل فى حق العتق

وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقرله ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو فى الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفى الثانى مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقرله فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقرله (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى فى الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر باخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أى الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أى لكن الاقرار المذكور (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بتأويل الايصاء ولعمرى ان المصنف يفرط فى المساهلة فى أمر التذكير والتأنيث فى كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر فى مرضه باخ وصدقه المقرله ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أى رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) و ينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن مات أبوه فاقر باخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الارث) أى يشارك المقرله بالاخوة المقر فى الارث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم وقال الشافعى لا يشاركه فى الارث لعدم ثبوت النسب وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف فى تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أى للمقر (عليه) أى على الغير فلا يثبت (و) الثانى (الاشتراك فى المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) أى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) فى حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير فى حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) اقراره (فى حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه فى حق ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره فى حق نفسه يستحق المقرله نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل اقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه أخوه المعروف

ابطال حقهما فى الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الايجاب بطريق الوصية لانه ما أوجب

(قوله ومن مات أبوه فاقر باخ لم يثبت نسبه) مبنى على ماذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه فى الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبى حنيفة وان كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقرله يشارك المقر فى الارث على ما مر من الاصل (لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك فى ماله ولا ولاية فى الاول فلم تثبت وله ذلك فى الثانى فيثبت) قال أبو حنيفة اذا أقر أحد الابنين باخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما فى يده وقال ابن أبى ليلى يعطيه ثلث ما فى يده لان المقر أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ فى حصته وبطل فى حصة الآخر ولابى حنيفة أن زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك ويكون الباقى بينهما بالسوية

قال

قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر وخمسون بناء على ماذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على مامر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فان أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدى الى الدور ولقائل

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون) لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا

فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر باخت تاخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا أن اقراره صح فيما بيد نفسه ولا يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وللميت (على آخر مائة درهم فاقر أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمسين) درهما (لاشئ للمقر) أي لاشئ من المائة للابن المقر (وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان للابن الآخر أن ياخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازا عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين

وصية انما أوجب ارثا الا أنا اعتبرناه وصية في حق التنفيذ اذا لم يكن ثمة وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث (قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) أي لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان (قوله كما هو المذهب عندنا) خلافا للشافعي رحمه

(قوله على مامر) أقول في أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى الى الدور

على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية بخلاف الشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالاظهر عندى في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أى الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أى على كون الخمسين الباقى على الغريم الذى يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا وما بقى يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك الا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقى المقبوض فينبغى أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة اذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا (على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدى الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعنى ان المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريرى السؤال والجواب على الوجه الذى ذكره مختل أما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافى التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا

الله فعنده يشيع في النصفين (قوله على كون المقبوض مشتركا) أى على كون الخمسين التى يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقرا بكون ما قبضه مشتركا وأما المقر فانه يزعم أن الدين بهذا المقدار وهو مشترك (قوله ورجع الغريم على المقر) لانتقاض المقاصة في ذلك القدر

أن يقول اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيأ كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله أعلم

(كتاب الصلح) قدذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا نعيده وهو اسم المصالحة خلاف المخاصمة وفى اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المناصبة وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه فى التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتى تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع مالم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له فى غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أولا وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ماهو المذكور فى الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ماسنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(كتاب الصلح)

المقر بتعارضا وتناقضا وأما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور وهو أن لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع الغريم على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما بقى عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيأ فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدبر تقف ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيأ كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الخمسين الذى قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو فى رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه فى المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق فى الجواب أن يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيأ كان فى زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه فى المائة باقراره بان أباه قبض منها الخمسين

(كتاب الصلح)

قدمر مناسبة الصلح بالاقرار فى أول كتاب الاقرار والصلح فى اللغة اسم المصالحة التى هى المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمناه دال على حسنه الذاتى وفى الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما فى سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر فى البدائع والكافى وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع مالم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه سيأتى فى الكتاب أن الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت أو انكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعى قبلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت أو انكار انما هو فى حق المدعى وأما فى حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلابد

وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور والله أعلم

(كتاب الصلح)

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله فى اقراره ظالم) أقول فيه شئ فانهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا يظلم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه فى زعمه وهذا هو مراد الشارح *(كتاب الصلح)*

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح

من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة وأما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها أو ألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ماسيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعى قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا للدعوى بعض الحق بمثل ماقال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعى وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان مالا بمال فتامل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولانواعه شروط أخر سياتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى كذا في الكافي وبعض الشروح وقال في العناية أخذا من النهاية وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أو لا انتهى (أقول) فيه كلام وهو ان المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعى وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادّعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سياتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع أنه تملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتامل

قال (الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا (قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا

(قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا اذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشرع بعقد عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل أي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على أن

وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبالاذكر تعليل أى لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا فى سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح

مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

المزبورة فى القسم الاول من تقسيما الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضرورى وتفسير السكوت فى الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ماذكر فى الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ) تسامح المصنف ههنا فى التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك فى الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا أنهم كثيرا ما يتسامحون فى العبارة فى أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما فى تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ فى العقل مع أنه فى الحقيقة هو الصورة الحاصلة فى العقل على ما حققه الفاضل الشريف فى بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء فى حل قول المصنف لاطلاق قوله تعالى أى لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر فى كتب النحو حتى انهم أولوا مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانيا فلان الصفة فى لقوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام فى توجيه اطلاق قوله فلا يجدى حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيأ بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر التعليل أى لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا فى سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان فى الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى (أقول) ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلاثة ليسا بتامين أما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدى شيأ فى دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام فى قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدى نفعا لو سلم عموم اللفظ فى نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والصلح خير كان فى الحال أن التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان فى الحال أى فى حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافى أن يكون تحقق مدلوله فى الاستقبال ألا ترى انك اذ قلت الامر الذى يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائن فى الحال وأما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون فى المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه

يترك كل واحد منهما ادعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضى أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانعقد الاجماع على جوازه وهو على ثلاثة أضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعى أجاب أولا فان أجاب فلا يخلو اما أن يقر أو لا يقر وهو الانكار فان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت

خير كان فى الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بان ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (وقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا)

قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول اى لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف وتمام الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أى يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خبير بان المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بان اللام للعهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتامل (قوله وبانه ذكر التعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأتى بدل الفاء بالواو

(قوله وقوله والصلح خير كان فى الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن فى الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالى وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن فى الحال يعنى حقيقة الصلح وجنسه كما فى قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فانكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيجئ عن قريب

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما روينا

وان أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذا من الاسرار ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير انه ذكر للتعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلانه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كأنه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدل الفاء بالواو انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا اليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا أصلا فتدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز أنه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه في معنى الخلع ثم أقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور مما أورده الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب ههنا على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا أنكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجئ ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا الخ) قلت كان الاظهر أن يقال لآخر ما روينا لان أوله حجة عليه لا له (قوله ولنا ما تلونا وأول ما روينا الخ) كرر ذكرهما تأكيدا وتوطئة

لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع (قوله وهذا بهذه الصفة) لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ أي اذا كان مبطلا في دعواه أحل بالصلح فهذا صلح أحل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع وكان حلالا له قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن هذا أيضا لان الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حقا للمدعي أخذه قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم أخذه فكان تأويله أحل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة الاحلال وكالصلح مع احدى امرأتيه أن لا يطأ ضرتها والحمل على هذا التاويل أولى لان الحرام المطلق والحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره (قوله ولنا ما تلونا) وهو قوله تعالى

وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لانه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروى (ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما روينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما روينا) أقول وههنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك

(وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فازادعلى المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه (ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أومن جهة الآخذ وليس شئ منهما بموجود أما الثانى (فلأن المدعى باخذه فى زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى

قال المصنف (وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه كذا فى الكافى ثم قال وماذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق فى العادة فازادعلى المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعنى لكان كالصلح على غير الاقرار فى البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه فى العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق فى العين الا بالابراء عن دعوى الباقى كما سيجىء

وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى باخذه عوضا عن حقه فى زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز

لقوله وتاويل آخره الخ والا لكفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز فى الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعى والجواب عنه يتم ببيانهما (أقول) بقى ههنا اشكال فى قوله وأول ماروينا وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من أوله وقد تقرر فى علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية فى الاستثناء أن يتاخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام فى صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بان قوله وتاويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ماروينا فحاصل الكلام أن لنا أول ماروينا مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى أن تطرح من البين (قوله وتاويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أوحرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه وماذكر غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق فى العادة فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا فى الكافى وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فمازاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى (أقول) فى تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام فى حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا فى حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره فى الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما فى عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فمدار التاويل والحمل فى آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال واطلاقهما دون لفظ الصلح فالحق فى التقدير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره فى الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه فى العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق فى

والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغى أن يصرف الى المعهود السابق وهو أن يصالحا بينهما صلحا سبقت الآية الصلح بين الزوجين لان المنكر اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول كما فى قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا نخرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال يصالحا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل

وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه فى أحكام القرآن للرازى فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغى أن يجوز لان هذا الصلح فى زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لايجوز أجيب بان عدم الجواز بناء على زعم المدعى اذ فى زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير

قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل) لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل

العين الا بالابراء عن دعوى الباقى كما سيجىء انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق فى العين الا بالابراء عن دعوى الباقى عدم جوازه على بعض الحق فى العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق فى العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقى على أنه ليس كذلك أيضا اذ لجواز الصلح على بعض الحق فى العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما فى بدل الصلح وسيأتى كلا الطريقين فى الكتاب وعلى كليهما يجرى قوله لان الصلح فى العادة لا يكون الا على بعض الحق فى العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلى على ما ذهب اليه أئمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا تضمن الجواب عن دليل عقلى للشافعى مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبى صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص فى ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج ولا شك ان فى دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدورى فى مختصره ولما كان الاصل

الحكم الذى علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس أحق كما فى قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح أى جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء أى لا يأمر بجميع أنواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعى عن نفسه والمدعى انما يأخذه ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهى حرام لقوله عليه السلام لعن الله الراشى والمرتشى قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز وانما حرم لو دفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا أخذ الآخذ بالجهة التى يدفعه الدافع اليه وهو يأخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة (قوله هى المفضية الى المنازعة) لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا فى الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا فى الذمة الا موصوفا مؤجلا كما فى السلم (قوله وتشترط القدرة على تسليم البدل)

والقبض شرط فيه فى المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فى حق المتعاقدين فتجرى فيه الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضى الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما (وان) أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز واما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل فى ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه

التسليم والتسلم هي المقصودة فالا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم

(وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما صرح به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرح به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هنالك ما ذكره ههنا أيضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به

حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية (قوله وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح وما لا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على أن يزرع أرضا له بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح عن مال بمنافع بالاجارة على الاطلاق قول محمد رحمه الله حتى فسد الصلح بهلاك المدعي أو المدعى عليه أو محل المنفعة سواء هلك بنفسه أو أتلفه أحد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه الا اذا استوفى شيأ من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا لان محمدا رحمه الله جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببدل أو بغير بدل فكذلك الصلح وعند أبي يوسف رحمه الله ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار أو خدمة عبد سنة أو ركوب هذه الدابة الى بغداد أو لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعي أو المدعى عليه أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رحمه الله فيعود على رأس الدعوى وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعقود له الضرر الذي يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة (قوله والاعتبار في العقود لمعانيها) كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (قوله كما يختلف حكم الاقالة) هي فسخ في حق

البدل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهر وأما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع أن حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أى المدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما فى زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع ذلك وان صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لا خصومة له فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذى اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال فى يد غيره مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة وأجيب بان المدعى عليه مضطر فى دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع وأما المدعى فهو فى خيرة فى دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعى حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أى فى أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه فى كون البعض المستحق فى يده وأما رد الحصة فلخلو العوض فى هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه فى الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما فى البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجر لفظ البيع فى الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فان المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعى اذ الانسان لا يشترى ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه و يدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيأ حيث يرجع المدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد

الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع

المتعاقدين بيع جديد فى حق الثالث (قوله لانه يأخذها على أصل حقه) أى يبقيها فى يده وملكه كما كانت (قوله فتلزمه الشفعة) باقراره كأنه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر (قوله فيبقى العوض) أى بدل الصلح فى يده أى فى يد المدعى غير مشتمل على غرضه أى غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة تخصم فيها (قوله رجع بكل المصالح عنه) هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلو أجاز سلم العين للمدعى ورجع المستحق بقيمته على المدعى عليه ان كان من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانها أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا فى شرح الطحاوى (قوله باع منه على الانكار) وصورته ادعى على آخر دارا مثلا وأنكر المدعى عليه ثم صالح من هذه

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله و يدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول يعنى يبقى العرض فى يد المدعى (قوله فلا يسترده) أقول أى بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحقت فان المدعى يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذ الضمير المستتر فيه راجع الى العبد

يقع لدفع الخصومة ولوهلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين قال (وان ادعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقى) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شئ يقابله فيرجع بكله على ماقدمناه فى البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ماقبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى

المدعى الى المدعى عليه شيأ بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه فى حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة لان فى زعم المدعى أن العين الذى ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان ملك نفسه بل هو فى حق المدعى فى تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هى أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواى فى هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار فهذا وأمثاله باطل وله أن يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت و بين قوله أبرأتك فان فى قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا فى يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأه من ضمانه كذا فى الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى فى العين بدون الحيلة فى تصحيحه بأحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا لصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض الباقى كما فى الصلح على بعض المدعى فى الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعواى فى هذه الدار وأما ثانيا فلأن قوله فان فى قوله أبرأتك انما أبرأه

الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعى بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه لو استحق العبد يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى (قوله كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين) أى فى فصلى الاقرار والانكار (قوله على ماقدمنا فى البيوع) أى فى آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع (قوله لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح) هذا جواب غير ظاهر الرواية وأما فى ظاهر الرواية فانه يصح وفى الذخيرة رجل ادعى دارا فى يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التى وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان فى زعم المدعى انه أخذ بعض حقه وترك البعض وفى زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعى بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقى الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار أخرى لا تسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكأنه باع ما ادعى بما أخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفى رحمه الله فى شرح الكافى انه تسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه لا يسمع وجه من قال ان المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقى الا أن الابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الروايات أن الابراء لاقى عينا ودعوى فان المدعى كان يدعى جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الابراء حتى ادعى بعد ذلك لا تسمع (قوله أو يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقى) لان الابراء عن دعوى العين يصح والله أعلم

(ولوهلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعى (فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين) أى فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال (وان ادعى حقا فى دار الخ) هذه المسألة قد تقدمت فى باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ماقبضه بعض حقه وهو على دعواه فى الباقى (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقى والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية ووجهه أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أى الحيلة فى تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد أمرين ان يزيد درهما فى بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) مثل أن يقول برئت من دعواى فى هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى

لوادعى بعـــد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفى ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعواى أو خصومتى فى هذه الدار كان باطلا وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الضمـان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخـــيرة ونقـــل بعض الشارحين عن الواقعات فى تعليل هذه المسألة لان قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار خطاب الواحد فله ان يخاصم غيره فى ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخـــيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله أعلم *(فصل)* لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل فى هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان فى معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شئ كان فى معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول الناقل هو الاتقانى عن الواقعات الحسامية *(فصل)* والصلح جائز

(فصـــل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على مامر قال (والمنافع) لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

من ضمـانه لا من الدعوى انما يتمشى فى قوله ابرأتك عن هذه الدار لا فى قوله أبرأتك عن خصومتى لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقـــد صرح بان قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار باطـــل أيضا بخلاف ما قالوا فى عبد فى يد رجل فان المذكور هنالك فى جانب الابراء انما هو قول الآخر أبرأتك منه لاغـــير تبصر

(فصل) لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه فى معنى البيع عـــلى مامر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القـــدورى والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطـــلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه فى معـــنى البيع على مامر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس فى معنى البيع بل هو فى معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيـــد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة فى هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح ومالا يجوز فكان تقصيرا من المقيـــد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع فى هـــذا الفصـــل بناء عـــلى كونه معـــلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه أيضا كان معلوما فيـــما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدورى قال المصنف فى تعليله (لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاســـلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الصلح فى الوصايا حيث قال واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبـــده سنة وهو يخرج من ثلثـــه

(فصل) (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) والمنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخـــذ العوض عنها بالاجارة

قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) أقول يعنى اذا لم يكن بالمنافع والا فهو بمعنى الاجارة قال المصـــنف (قال والمنافع لانها تملك بعـــقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول قال العـــلامة الاتقانى قال شيخ الاسلام عـــلاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا أوصى الرجـــل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته عـــلى دراهم أو على سكنى بيت أو على خـــدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجـــوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمســـتعير لا يقـــدر على تمليـــك المنفعة من أحد ببـــدل ولهذا لو آجرهم

لا يصح الا أنا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل والاصل

ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتـــبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعته ما دام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفى فى الكافى والصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وأنت خبـــير بما بين ما نقل من الاسبيجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة روايتين فليتأمل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقانى من قوله الا أنا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر فى الهداية كما لا يخفى وفى مبسوط الامام شمس الائمة السرخسى ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة

واذا صالح عن جناية العمد أو الخطاء صح أما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له فى سهولة من أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أى فلولى القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أى على مجاملة وحسن معاملة وأداء أى وعلى المصالح أداء ذلك الى ولى القتيل باحسان فى الاداء وهذا ظاهر فى الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء اليه باحسان أى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت فى الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) اشارة الى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه فى معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضى واذا كان فى معناه فاصلح أن يكون

مسمى فى النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا فى الصلح وان صالح على ذلك أبدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه قصاص عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم

حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أى لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولى ما رضى بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية فى مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده

والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما انها نزلت فى الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا أن عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم

فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصح بمعناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد أشار اليه الامام الاسبيجابى بقوله وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا فكذا بالصلح

(قوله فمن عفى له من أخيه شئ) أى من أعطى له من دم أخيه المقتول شئ وذلك بطريق الصلح وروى عن جماعة فيهم عمر وابن عباس رضى الله عنهم أن الآية فى عفو بعض الاولياء وتقديره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا هو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء اليه باحسان أى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص كذا فى التفسير (قوله وهو بمنزلة النكاح)

بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تمليكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح ألا يرى ان المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شئ لم يصر به مقرا حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى (قوله فمن أعطى له الخ) أقول من حينئذ كناية عن الولى (قوله فمن عفى عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم الى قوله وان لم يصلح صداقا) أقول لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما صلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية

ولوصالح على خمر لايجب شئ لانه لايجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لانه الموجب الاصلى و يجب مع السكوت عنه حكما و يدخل فى اطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس ومادونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لايصح لانه حق التملك ولاحق فى المحل قبل التملك أما القصاص

يحصل التوفيق بين كلامى الشيخين قال الامام النسفى فى الكافى الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ماذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على مامر وأنت خبير بما بين مانقل من الاسبيجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى (أقول) المخالفة بينهما فى الفهم لافى المفهوم لان مراد صاحب الكافى هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هى سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقى ههنا كلام وهو أن ماذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وماذكره صاحب النهاية نقلا عن المغنى من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا أو لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى يخالف لماذكر فى كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به فى كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال فى البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لايجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال فى التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس وان كانتا متفقتين بان يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لايجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا للتصحيح وتصرف

حتى ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا فلهذا لوصالح من دم العمد على سكنى داره أو خدمة عبده جاز لانها تصلح مهرا ولوصالح عليها أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لايصلح مهرا وكل جهالة تحملت فى المهر تتحمل ههنا ومايمنع صحة التسمية يمنع وجوبه فى الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء لافى مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل فى النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولوصالح على خمر لايجب شئ لان وجوب المهر فى النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال واذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية أصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وثمة يجب مهر المثل ووجوب المال فى الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لوعفا ولم يسم مالا لم يجب شئ (قوله لانه لايجب بمطلق العفو) يعنى لما لم يسم مالا متقوما فى الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقى مطلق العفو عن القصاص وفى ذلك لايجب شئ فكذا فى ذكر الخمر فى الصلح (قوله وفى النكاح يجب مهر مثل فى الفصلين) أى فى فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفى تسمية الخمر والخنزير (قوله وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث

وان كان الثانى كما لوصالح على خمر فانه لايجب عليه شئ لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيين ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لايجب شئ فكذا فى ذكر الخمر (وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين) أى فى فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لانه الموجب الاصلى) فى النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم وموضعه أصول الفقه وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ماشرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شئ لم يجب شئ وفيه نظر لان العفو لايسمى صلحا والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل فى اطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جناية العمد (الجناية فى النفس ومادونها وهذا) أى الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لايصح لان حق الشفعة حق أن يتملك وذلك ليس بحق فى المحل قبل التملك) فاخذ البدل أخذ مال فى مقابلة

(قوله والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

ذلك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بما صلح عنه غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ماعرف فى موضعه وأما الثانى وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح

العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتامل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح فى شرح قوله ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أى لا يقال كل مايصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح مادون العشرة صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح فى جناية العمد ماليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد فى صورة أن صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هنالك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا فى الصلح ولو صالحه على ذلك أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح انتهى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح ينافى قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بماذكروا يبتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح فى تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لئلا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس شرع المسائل أن ماصلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومالا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله ومالا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد فى التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس فى الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا فى النكاح وهذا أمر لا سترة به (قوله وأما الثانى وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شئ وهو أنهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسيأتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين ولا يخفى أن الصلح عن جناية

لا يصح) والوجه فى الفرق بينهما ان حق الشفعة على أن يتملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق فى المحل بوجه ما وأما فى باب القصاص فالمحل صار مملوكا فى حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا فى حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق فى المحل فيملك الاعتياض (قوله غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتى وهو رواية أبى حفص

مالىس بشئ ثابت فى المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له فى المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعنى اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شئ من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبى حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفى الصلح من رواية أبى سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون وصلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا (وأما الثانى وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)

ثم الصلح فيه اما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا والاول اما أن يكون منفردا أو منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية) مثل أن قضى بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعين) ولو قضى القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا قال (ولا يجوز عن دعوى حد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن

الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية أما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز عن دعوى حد) لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق

الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضي القاضي باحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال

وفي الصلح في رواية أبي سليمان رحمه الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعود وفي رواية الكفالة بخلافه فوجهه ان الكفالة بالنفس سبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا (قوله بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية) ويفترقان أيضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ أي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح من سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما كان وهو الدية (قوله كيلا يكون افتراقا عن دين بدين) أي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فصح ان كان يدا بيد اما لو صالح على شيء من المكيل أو الموزون سوى الدراهم أو الدنانير الى أجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين (قوله فلا تجوز الزيادة على ما تعين) أي شرعا (قوله ولا يجوز من دعوى حد) صورته رجل أخذ زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن يرفعه الى الحاكم فصالح المأخوذ على مال ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعفو عنه فالصلح باطل (قوله ولهذا لا يجوز الاعتياض) اذا ادعت المرأة

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه الجواب بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صالح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفي في الكافي بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة والحديث قوبل بغير النافذة

يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها او جحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدقها فى الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبى فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر فى حق الافراد والصلح معه مفيد لاسقاط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان فى ذلك صلاح للمسلمين ويضعها فى بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح (وحد القذف داخل فى جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه مشبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام فى جانبها فان أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا فى زعمه ولا فائدة فى اقامتها بعده وان كان مبطلا فى دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام فى جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفى عكس هذه المسئلة وهى ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر فى ذلك فوقع فى بعضها جاز وفى بعضها لم يجز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثانى أنه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة

الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان فى معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه بناء على زعمه وفى جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا فى دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى بعض نسخ المختصر وفى بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة فى مهرها وجه الثانى انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة وان لم يجعل فالحال على

عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافى كون ذلك زيادة فى المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلابد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهى الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلابد أن يجعل ما بذله لها زيادة فى المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة) اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة وانما المرأة هى التى تسلم لها نفسها او تتخلص عن الزوج كذا فى الكافى وكثير من الشروح (أقول) المانع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها

نسب ولدها أى اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه وجحد الرجل فصالح من النسب على شئ فالصلح باطل لان النسب يثبت حقا للولد لاحتياجه اليه لا حقا لها فلا تملك الاعتياض لاسقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل وأراد طرحه فصالحه على مال لان الحق فى الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة فى الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر فى حق الانفراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضاء الباقين فجاز كذا فى الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت فى طريق العامة اذا كان فى ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك فى بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز (قوله ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى) اذا كان مبطلا فى دعواه هذا عام فى جميع أنواع الصلح (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة فى مهرها) كأنه زاد فى مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة (قوله فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة) اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة وانما المرأة هى التى تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وان لم

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعنى من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام فى جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أى رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هـذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين أولا (وان قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أولا والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن دم لمولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا) تحقيق (هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف

نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز وأجيب بان المكاتب حر يدا واكتسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتاخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولان يتبعه بشئ مالم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم ولابي

القيمة وكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة وقالا يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أولا ولكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في

ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل و يثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز) و وجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهـذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطي الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا امكنت ابن زوجها لا يجب عليه شئ انتهى ويشير اليه قول

يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما أخذته عوضا عن شئ فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده (قوله ولهـذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل) هذا ايضاح لكونه بمنزلة الاعتاق على مال اذ لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في المعاوضات (قوله الى أجل) للتاكيد فان ما لا يثبت دينا في الذمة لا يثبت بذكر الاجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الاجل مؤكدا لنفي وجوب الحيوان دينا في الذمة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله له راجع الى الولي قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته بتاويل العضو أو الجزء انتهى فيه بحث فان الرقبة ههنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فاشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

هذا ان الدراهم تقع فى مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند أبى حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب نقلا لان الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابى حنيفة طريقان أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك مالم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب أو العبد ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثانى أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل فى الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضروريا لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا تظهر الفضل ليكون ربا وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها ويمكن أن يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى أن المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبان البدل جعل فى مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل أبى حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز وأجيب بان المبيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضى قيام مال متقوم حقيقة

ولابى حنيفة ان حقه فى الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها انتهى فاذا حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هى مستقلة فى مباشرة سبب الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرتها سبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة فى مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسك أو قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا امكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع

(قوله يكون الكفن عليه) تبين بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه فى الثوب المستهلك ولا ربا بين الثوب والدراهم (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى) هذا الوجه الثانى لابى حنيفة رحمه الله وهو ان حق المالك فى مثل المغصوب صورة ومعنى وايجاب الثوب والحيوان ممكن فى الذمة كما فى النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاما الاضرورة فى ايجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فمالم يقض القاضى بالقيمة بقى المثل واجبا فى الذمة ومنه فقبل قضاء القاضى بالقيمة اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه أو عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربا كما اذا كان العبد أو الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضى بالقيمة ثم صالح على أكثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين الرجلين فاعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر مع المعتق على أكثر من قيمة نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة فى العتق منصوص عليها قال عليه السلام من أعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما نحن فيه لانها غير منصوص عليها فلم تقم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل لا يجوز ولو كان

(قوله وفى كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو فى المثليات) أقول وفى الكافى أو حقه فى الاصل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بيناوالفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله أعلم بالصواب

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق المالك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات أيضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لان المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيأ بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المدعى بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدي الاشارة الى أمر أجنبي عن الصدد نفعا كما لا يخفى

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان

ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله أعلم

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا أو يسعى العبد

(باب التبرع الصلح والتوكيل به) لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع قال

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به) (قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ماصالح عنه الا أن يضمنه والمال لازم للموكل) وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

الانسان فى العمل لغيره متبرع واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذلو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ماحصل بالتوكيل به أيضا فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان فى هذا الباب فيسلم ماذكر فى عنوان الباب عن الاستدراك بقى شئ وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذى ذكره بالنظر الى قول المصنف فى العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور فى العنوان مصدر من المبنى للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبنى للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هى الايماء الى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذى هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية فى شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام فى للموكل بمعنى على كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أى على الموكل كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام فى قوله والمال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها أو بالباء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام فى عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع فى كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام فى فلها هنالك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر مايصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير فى أن يحمل اللام هنالك على معنى على تامل تقف (قوله وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذى ذكره من التأويل لا يكفى لتأويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح فى المعاوضات لانه ذكر فى المبسوط فى باب الصلح فى العقار ولو ادعى رجل فى دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح

(قوله ماصالح عنه) أى عن الموكل (قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل) هذا اذا كان الصلح عن اقرار وأما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل فى شئ وفى المبسوط فى باب الصلح فى العقار ولو ادعى رجل فى دار حقا فصالحه عنه آخر بامره أو بغير

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ماصالح عنه أى عمن وكل فى رواية المصنف وروى غيره ماصالح عليه وهو المصالح عليه الا أن يضمنه المال لازم للموكل أى على الموكل كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى عليها وهذا كما ترى يدل ظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ماصالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة . قال المصنف (وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا أن يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر فى شرح الطحاوى والتحفة على الاطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية مامعناه انه لابد لتاويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح فى المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبى جوازه مع الخصم

قال المصنف (لم يلزم الوكيل ماصالح عنه) أقول أى عمن وكل فالعائد الى اسم الموصول محذوف أى ماصالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعنى الاقطع (قوله وهو ان يكون المصالح فى المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح فى المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير فى قوله فيها راجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولى عند الصلح على مال اما أن قرن بذكر المال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثانى اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثانى والثانى اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثانى هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى حكم المعرف غير المسلم وهو الذى ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفى حق البراءة الاجنبى والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولى بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشئ كالو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذى فى يده يعنى فى ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كامر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فاى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق فى هذا أى فى أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان فى زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغى ان يصير المصالح مشتريا ما فى ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مالكه صحيح وان كان فى يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور فى المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحنى على ألف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فانه فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر فى لم

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها هو والاجنبى سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كالو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى فى يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيأ سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان

فى أن ماذكره المصنف لا يكفى لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح فى المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو

أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه للذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبى ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فى ملكه بازاء ما التزم شئ لان المسقط يكون متلاشيا فلا يكون داخلا فى ملك أحد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبى معبر عنه ألا ترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير أمره فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه (قوله كالفضولى فى الخلع) أى من جانب المرأة (قوله ويكون متبرعا) بالواو (قوله بخلاف ما اذا كان بامره) أى لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ (قوله ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى فى يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط) أى اسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شئ ولا فرق فى هذا أى فى ان لا يكون للمصالح شئ بين ما اذا كان مقرا أو منكرا لانه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه ان كان بغير أمره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان فى يد غيره فاما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين (قوله ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف) هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم بل ينفذ ههنا على المصالح

لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله والله أعلم بالصواب

(باب الصلح في الدين)

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على

بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كأنه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

(باب الصلح في الدين)

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة اهـ ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يزاد في لفظ الرواية قيدا آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على

وانما توقف في قوله صالح فلانا وفي الذخيرة اذا صالح الرجل عن المدعى عليه بغير أمره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان وفي هذا الوجه يوقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ لا على المصالح ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان أجاز جاز وكان المطالب بالمال هو المدعى عليه وان قال المصالح صالحني وكذلك اذا قال صالح فلانا على ألف من مالي وكذلك صالح فلانا على ألف على أني ضامن ففي هذه الاوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا وأما اذا قال صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله أعلم بالصواب

(باب الصلح في الدين)

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة) أي اذا كان بدل الصلح من

الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

(باب الصلح في الدين)

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة) بل على استيفاء (بعض الحق واسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على

(قوله فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شيء والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش

(باب الصلح في الدين)

خمسمائة وكذا لو كان له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) و يحمل على التأخير الذى فيه معنى الاسقاط لان فى جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقى كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف فى الديون فى مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفى ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فانه لا يمكن حمله على الاسقاط (لان المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة فى مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التعجيل فى مقابلة الباقى وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضى الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا لان حرمة ربا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل ففى حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل ان المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما فى العكس وان كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة و زيادة وصف وهو ربا) فان قيل اذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم [2] بخية نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يعتبر القبض فى المجلس) وحاصله أن الجودة اذا وقعت فى مقابلة ما ل كان ربا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وأما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردىء ولو

خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة و بيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة و زيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا و وصفا و بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض فى المجلس

بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والبخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل اه كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله فى رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة فى المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذى ذكره بقوله ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهى غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثانى فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يفضى الى الربا وجعل المصالح عليه وهو خمسمائة

جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاطا للبعض لا معاوضة وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم فى الغصب والاتلاف كذلك لان الاصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه (قوله اعتياض عن الاجل وهو حرام) وهذا لان الاجل

(قوله فيحمل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما فى العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس

[2] بخية بتشديد الخاء والباء نسبة الى بخ أمير ضربها وانظر اللسان كتبه مصححه

فيه سواء بدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة) ان كانت حالة واسقاطا للذلك (وتاجيلا للباقي) ان كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد أولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده ألا ترى انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن فجرى وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدي غدا خمسمائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي وموضعه أصول الفقه

ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أولان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود

عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التاجيل فتامل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي اهـ (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف يابى المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تتحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج من ملكه وجاء موقوفا على أداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء اهـ فكأنه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا

صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل ألا ترى ان الشرع حرم ربا النسيئة وليس فيه الا مقابلة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلة المال بالاجل حقيقة حراما أولى والاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون أسقط حقه في الاجل في الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من ألف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين (قوله أولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان الصلح عبارة عن الحطيطة والحط في هذا أكثر فيكون معنى الاسقاط فيه ألزم (قوله لكونه مستحقا) عليه أي قبل الصلح بحكم المداينة والعوض ما يجب بالشرط وأداء الخمسمائة غدا كان واجبا

(قوله ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل الخ) أقول فالفعل مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الأن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد (قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ) أقول فيه شئ بل يستفاد به البراءة والاظهر لم يستفد بشئ ثم قوله والاداء مستحق عليه معنا في كل وقت (قوله فجرى وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا

وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ بأداء خمسمائة فى الغدوانه يصلح غرضا احذار افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحا للتصرف وكانه منهما قول بموجب العلة أى سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافى أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أو لانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مقيد الابراء الباقى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعلق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريم أو كفيل اذا أديت أو متى أديت أو ان أديت الى خمسمائة فانت برىء من الباقى باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفى التعليق به الحكم غير ثابت فى الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه فى ذلك ان فى الابراء معنى الاسقاط والتمليك أما الاول

كما اذا بدأ بالابراء ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة فى الغدوانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن اه ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء فى جانب الدائن والبراءة انما تستفاد فى جانب المديون وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد فى جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أو لانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أو لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثانى لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط فى الصلح متعارفا لا يجدى مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط فى معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثانى علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام فى كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أو لانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ماذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل أو لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله أو لانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم الفائدة فبقى الابراء مطلقا والدليل على ان النقد لا يصلح عوضا ماقال أصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبدا من آخر بالف درهم على ان ينقده الثمن فى اليوم أو الى ثلاثة أيام لا يصير النقد عوضا حتى اذا لم ينقد الثمن فى الوقت المذكور لا يبطل البيع لان النقد كان واجبا فلم يصح ان يكون عوضا عن البيع كذا هذا (قوله كما اذا بدأ بالابراء) بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطينى خمسمائة غدا (قوله ولهما الى آخره) يعنى ان الابراء لم يثبت مطلقا بل مقيدا بشرط وهذا لان قوله على انك برىء مخرج مخرج الاعواض كقوله ابرأتك على كذا أو صالحتك على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غدا وما يقابله الابراء وهو أداء خمسمائة غدا وان لم يصلح عوضا للابراء يصلح شرطا لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذرا عن فوت الكل عند افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح منه وقد بدأ بالاداء ثم أعقبه بالابراء وما وجد الابراء لا والاداء مقرون به ولا يصلح عوضا ويصلح شرطا فيتقيد به (قوله فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه) بيان بجواز الاستعارة وهو ان فى المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفى الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه (قوله أو لانه متعارف) يعنى ان لجواز استعمال

(قوله يعنى ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثانى بدون الاول والاقرب أن يجعل عطفا على قوله تصحيحا لتصرفه

كما فى الحوالة وستخرج البداءة بلا براء ان شاء الله تعالى

كما فى الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما فى الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل اهـ (أقول) لا يخفى على ذى مسكة ان جعل قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء انما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية فى شرح قوله كما فى الحوالة يعنى ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافى فى تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل اهـ وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه أن ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعنى انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعنى أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط

مثل هذا الشرط فى الصلح معنيين أحدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهى كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء والثانى كون مثل هذا الشرط متعارفا فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان فى التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان واذا ومتى وأما معنى فان فى تقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء فى الحال بشرط وجود ما قيد به حتى اذا لم يوجد المقيد يعود الدين وأما فى تعليق الابراء بالشرط لا يوجد الابراء أصلا فى الحال لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة الاضافة الى ذلك الوقت والاضافات أسباب فى الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق امرأته فاضاف الطلاق الى الغد فقال أنت طالق غدا يحنث فى يمينه ولو علق طلاقها بمجىء الغد فقال أنت طالق اذا جاء غد لا يحنث ولا يقال كلمة على دخل البراءة دون الاداء فكيف يكون الاداء شرطا للبراءة وما دخل عليه كلمة على هو الشرط كما فى قوله أنت طالق على ألف أنت حر على ألف وكقوله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة دخولها على الاداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر وهو نظير ما مر فى الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة فلا شىء عليها عند أبى حنيفة رحمه الله لانها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط فصار كل واحد منها شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق (قوله كما فى الحوالة) فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وفى الفوائد الظهيرية الهما ان هذا حط بعوض وقد فات فيبطل الحط كما لو حط بشرط ان يعطيه بالباقى رهنا أو كفيلا فلم يعطه وبيان ان هذا حط بعوض انه حط خمسمائة بشرط ان ينقد خمسمائة فى الغد ونقد خمسمائة فى الغد يصلح عن الحط لان الطالب ينتفع به كما هو المعروف وما قال أبو يوسف رحمه الله ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد كان واجبا قبل الحط قلنا النقد قبل الحط كان واجبا فى المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط فيعتبر واجبا مرة أخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا مرة أخرى اذا أفاد اعتباره ثابتا مرة أخرى بدليل أن من ظاهر من امرأته مرارا صح لما ان اثباته مرارا يفيد شيأ وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا النقد يعتبر واجبا مرة أخرى ليصير عوضا عن الحط لفواته (قوله وستخرج البداءة بالابراء) وهو الوجه

فلانه لا تتوقف صحته على القبول كما فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وأما الثانى فلانه يرتد بالرد كما فى سائر التمليكات وتعليق لاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما فى الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداءة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ماذكرت لك فى هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية فى حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين فى تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء أولا فان بدأ به فلا

قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ماذكرناه والثانى اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ماقال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطينى الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق الابراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أد الى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا

كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشئ بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشئ بالشرط وليس باصل مستقل فى الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما فى الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أى وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين فى تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء أم لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس اه كلامه وهكذا ذكر وجوه الحصر فى العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه الثانى قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان البدء فى الوجه الثانى وان لم يكن بالاداء صورة لا أنه كان به معنى لان حاصل معناه أد الى غدا خمسمائة من الالف وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى أن الوجه الثانى يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثانى فبأن يقال ليس المراد بالبدء بالاداء فى وجه الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ فى الوجه الرابع بالاداء المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا الجواب بشئ لان اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما لا يقتضى ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد فى الحكم لا يستلزم الاتحاد فى الذات ولا فى الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثانى مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده فى الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد فى الحكم أيضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثانى قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث

الثالث المذكور بعد هذا وفيه العذر لما قاس عليه أبو يوسف رحمه الله بقوله كما اذا بدأ بالابراء (قوله وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا) لان العوض ما لا يكون حاصلا له وههنا أداء الخمسمائة حاصل لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه (قوله فوقع الشك فى تقييده) أى فى تقييد الابراء بالشرط بعد ما أطلق الابراء لان أداء

يخلوا ما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلوا ما ان بدأ بالابراء أولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس أما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثانى ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبنى على أن الثابت أولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفى عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا فى مطلق الازمان فلا يصلح ان

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثانى) أقول فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل (قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئ فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله قسما منه بناء

يكون فى معنى الشرط المحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء

بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو قال اذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراآت بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عنى ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به

(فصل فى الدين المشترك) قال (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذى عليه الدين بصفة وان شاء أخذ نصف الثوب

لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافى ما تقرر فى التعليل المذكور من قبل ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الابراء بالشرط فى ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا فى الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضى الاطلاق وما يقتضى التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم فى التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط فى ذلك الوجه وبنى ذلك عليه الامر بدعليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل فى التوفيق

(فصل فى الدين المشترك) أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله

الخمسمائة ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه يصلح عوضا فوقع الشك فى التقييد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقيدا باداء خمسمائة و باعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك فى اطلاق الابراء فلا يثبت الاطلاق بالشك وفى المسئلة الرابعة الابراء مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحيحا لما لم يقيده بزمان معين فيلغو ذكره وفى المسئلة الخامسة لا يصح الابراء لان تعليق البراءة بالشرط الصريح باطل وهذا لان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز ففى الابراء المشتمل على المعنيين قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح بالشرط عملا بالشبهين (قوله جاز) أى التأخير والحط على رب المال (قوله ليس بمكره) لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل ألا ترى ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قلنا الا ان فيه نوع اضطرار وذا لا يمنع نفاذ التصرف كشراء الطعام بثمن غال عند المجاعة أو بيع عين من اعيان ماله بطعام ليأكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه فكذلك اذا أخر أو حط مضطرا والله أعلم

(فصل فى الدين المشترك) (قوله واذا كان الدين بين الشريكين) وضع المسئلة فى الدين لان فى العين بين الشريكين اذا صالح أحدهما من نصيبه على شئ لم يشركه الآخر فيه وذكر فى باب الصلح فى الغصب من صلح المبسوط لو ان رجلين ادعيا فى دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا أو مقرا الا انهما يتصادقان على أن المدعى ملكها او أن المصالح مانع لنصيبه وتصادقهما يكون فى حقهما (قوله فصالح أحدهما من نصيبه) قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجئ فى الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين (قوله وان شاء أخذ نصف الثوب) لان له حق المشاركة فان قيل ينبغى أن لا يكون له حق المشاركة فى الثوب لان الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفى المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب كذا هنا قلنا قد ذكر فى مبسوط خواهر زاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء فى عامة الاحكام استيفاء لعين الحق فى بعض الاحكام وأما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما و يظهر هذا فى مسائل منها اذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تصادقا على أن لا دين يبطل

لا يحتمله فلا يكون صحيحا (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك على حتى تؤخره عنى أو تحط عنى بعضه ففعل) أى أخر أو حط (جاز عليه) أى نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة فى الحال ان أخر وأبدا ان حط (لانه ليس بمكره) لتمكنه من اقامة البينة أو التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام لا كله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) فى الحال

(فصل فى الدين المشترك) أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريكين الخ) اذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه فى اتباع الغريم أو شريكه

على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابراء لان الوجه الثانى أيضا كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشى والله أعلم

(فصل فى الدين المشترك) (قوله بنصفه) أقول يعنى بنصف الدين (قوله الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه الخ)

القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين (٤٠٢) بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بان كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة

أقول اشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ منه نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها

الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلقائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئا من الدين بخلاف الاخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئا من الدين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو أسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا أنه مناف لما تقرر آنفا من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة

الصلح ولو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا في يد انسان انها له فجحد ثم صالحه على أنه اشترى الدار من المدعى بامة له كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الامة ولو صالحه عن الدار على أمة بعد ما جحد الدار لا يصير مقرا له ولا يكون للشفيع الشفعة (قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين) استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز أن يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة (قوله اذا قبض أحدهما شيئا منه) أي بطريق الاستيفاء (قوله لانه ازداد بالقبض) لان للنقد مزية على النسيئة (قوله كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة) بان جمع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وان اختص كل واحد من العبدين باحدهما او ثمن المال المشترك بان باعا عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة والموروث

مسـتهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازاعما اذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة و باع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيالم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغى أن لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغى أن يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا فى قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيالم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة

بدليـل ان المشترى أن يقبـل البيع فى نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسـمائة بخية ونصيب الآخر خمسـمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضـه لان بالتسمية تفرقت وتميز نصـيب أحدهما على الآخر وصفا ولعـل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو فى بيان حقيقتـه ولما فرغ من بيان الاصل قال (اذا عرفناهذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هـذا اذا كان صالح على شئ ولو اسـتوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الاصـل ثم يرجعان بالباقى على الغريم لانهما لما اشتركا فى المقبوض لابد من بقاء الباقى على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان فى صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين مالزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا أى من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثـله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو ألزمناه فى الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله الا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب فى صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين)

وقيمة المسـتهلك المشترك اذا عرفناهذا فنقول فى مسئلة الكتاب له أن يتبع الذى عليه الاصل لان نصيبه باق فى ذمتـه لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء أخـذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لانهما لما اشتركا فى المقبوض لابد ان يبـقى الباقى على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لانه ملكه بعـقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنـه وبين الدين

القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة فى المقبوض الذى ليس هو عـين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم ان هذا مخالف لما ذكر فى شرح الاقطع فى تعليل قوله وان شاء أخـذ نصف الثوب فى جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخـذه النصف دلالة على اجازة العـقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه فى الدين انتهى فان الظاهر منه أن يكون ماقبضه أحد الشريكين فى الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض فكيف تقولون لا سـبيل للشريك على الثوب فى البيع فأجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشـترى والاضافة الى الغريم من نصيبه عنـد العقد لا تنافى ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين فى العقود كذا فى عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل فى هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفى المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبـل القبض قلنا قسمة الدين قبـل القبض انما لا تجوز قصدا أما ضمنا فجائزة وههنا وقعت قسمة الدين فى ضمن صحة الشراء كما وقعت فى المسئلة الاولى فى ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقـد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنـه واذا

بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لانه ازداد بالقبض (قوله فلو ألزمناه ربع الدين يتضرر به) يعنى لو ألزمنا المصالح ربع الدين يتضرر به لان الصلح مبناه على الحط بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الا ربع الدين فيتضرر به فيخير بين أن يدفع نصف المصالح عليه أو ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى أحد الشريكين من المديون شيأ بحصته حيث كان له أن يضمنه ربع الدين لان مبنى البيـع على المماكسة فالظاهر استيفاء حقه كملا فلا ضرر له فى ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعقد البيـع لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيسـتغنى عن

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تامل

يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ماعلى الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت (٤٠٤) لاتنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لاتتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة لدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلامعتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك سبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضي بالتسليم ليسلم له مافي ذمة الغريم ولم يسلم) كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن أولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لايسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على مابقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما قال صاحب النهاية بما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف

وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه فلو سلم له ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له مافي ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على مابقي من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق

ظهرت المقاصة اندفع مايتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلامعتبر بها انتهى (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشا من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على مااستوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لايقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلابد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لايكون للشريك الساكت سبيل على مااستوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لايضمنه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لايسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لاقصدا ولاضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان مااستوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بان يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمه وقسمة الدين حال كونه في الذمة لاتجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لايتأتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لايجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لايشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظر لانه يستلزم أن لايثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض) أقول فيه شئ وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لايجوز وليس ههنا

قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح (قوله لانه قاض بنصيبه لامقتض) لان آخر الدينين يصير قضاء عن

وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التاخير لكونه ابراء مؤقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعى ثابت فى الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتاخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك أجيب بان القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ماذكرتم وانما هى رفع الاشتراك أو الاتحاد أوما شئت فسمه وذلك عدمى فلا نسلم أنها تقتضى وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضى وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازم والاعتبار للموضوعات الاصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك فى يده فهو قبض) لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

ولا يصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض

عقد حتى تجوز فى ضمنه كما قالوا فى صورة البيع اللهم الا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض فى ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعى ثابت فى الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتاخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوز وا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بان القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب الثانى بحث لان عدم تحقق القسمة فى صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثانى لان حاصله نقض ما ذكر فى الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التمييز يتحقق فى صورة الابراء أيضا فلو استلزم بمجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض فى صورة التاخير لاستلزمها فى صورة الابراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضى وجود النصيبين كذلك تقتضى كون كل واحد من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة فى الدين لا فى صورة الابراء ولا فى صورة التاخير كيف ولو أمكن القسمة فى الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة فى الدين

أولهما لان القضاء لا يسبق الوجوب (قوله لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم أما فى الوصف فلانه يقال لاحد النصيبين حال وللآخر مؤجل وأما فى الحكم فلان للساكت أن يطالب المديون بنصيبه فى الحال وللمؤخر لا والقسمة ليست الا أن يصير أحد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة تميز وما فى الذمة لا يتصور فيها التميز ولان فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان فى ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة والفرق لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الابراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابراء هو أنه لا يبقى نصيبه بعد الابراء أصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفى التأخير بقى نصيب كل واحد منهما فى أصل الدين على حاله حتى أن الآخر اذا قبض

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشق الثانى ثم الضمير فى قوله فيه راجع الى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بان تصحيح الابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين فى ذمته قبل الابراء والا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة فليتأمل فى جوابه (قوله أجيب بان القسمة تقتضى الخ) أقول ولو أجيب بان المحال قسمة الدين فى الذمة ولا يلزم ذلك فى صورة الابراء لم يحتج الى ذلك التطويل (قوله لزم ماذكرتم) أقول يعنى من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوى نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله أن الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق

والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في

نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرارا بشريكه وأحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب أحد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر أن يبطل الكتابة وههنا في التأخير ضرر دون الابراء بيان ذلك أنه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا أخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابراء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك (قوله والاستئجار بنصيبه قبض) صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فاستأجر أحدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله هذا اذا استأجر أحدهما بخمسمائة أي مطلقا من غير اضافة الى نصيبه من الدين ثم صار قصاصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه (قوله وكذا الاحراق عند محمد) قيل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فاحرقه وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك أن يتبع المحرق بالاجماع لانه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب (قوله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية) أي التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضف الى الدين فان ثمنه يتبع الساكت الزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع الساكت عليه ولا كذلك اذا أضاف العقد الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابراء وهناك لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله أن للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه مثله معنى فصار كتزوجها بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجها على نصيبه من الدين لم يصر الزوج مقتضيا لنصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح متى أضيف الى دين في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجها بخمسمائة (قوله وكذا الصلح عن جناية العمد) أي جنى أحد الشريكين على المديون عمدا فصالحه عنها على نصيبه (قوله واذا كان السلم) أي المسلم فيه بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي

اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيأ مضمونا يقبل الشركة فانه ملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العبد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيأ قابلا للشركة بل أتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطأ يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وأرى انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشئ قال (واذا كان السلم بين شريكين الخ) اذا أسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من وقال

(قوله فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجيء

رأس المال ويفسخ عقد السلم فى نصيبه لم يجز عند أبى حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشترك كا
بينهما وما بقى من السلم مشترك كا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال أبو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المديون عن
نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشاركه فى المقبوض و بين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا (و بما اذا اشتريا عبدا فأقال
أحدهما فى نصيبه) بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابى حنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن
جاز فى نصيبه خاصة أوفى
النصف من النصيبين فان
كان الاول لزم قسمة الدين
قبل القبض لان خصوصية
نصيبه لاتظهر الا بالتميز ولا
تميز الا بالقسمة وقد تقدم
بطلانها وان كان الثانى
فلابد من اجازة الآخر
لتناوله بعض نصيبه وقوله
بخلاف شراء العين جواب
عن قياس أبى يوسف
المتنازع على شراء العبد
وتقريره بخلاف شراء العين
فانا اذا اخترنا فيه الشق
الاول من الترديد لم يلزم
المحذور المذكور فيه فى
السلم وهو قسمة الدين فى
الذمة واستظهر المصنف
بقوله وهذا لان المسلم فيه
يعنى ان المسلم فيه فى ذمة
المسلم اليه انما صار واجبا
بعقد السلم والعقد قام بهما
فلا ينفرد أحدهما برفعه
والثانى انه لو جاز الصلح
لشاركه فى المقبوض من
رأس المال لان الصفقة
واحدة وهى مشتركة
بينهما واذا شاركه فيه
رجع المصالح على من عليه
بالقدر الذى قبضه
الشريك حيث لم يسلم له
ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود فى الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه
صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بانه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرر المبدل
لا بسقوطه بل يتقاصان و يثبت لكل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفى السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون و بما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه
ولهما أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ولو جاز فى نصيبهما لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء
العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه فى
المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه

الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شئ لان الصلح عن
الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال فى العناية بعد ذكر ما فيهما وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم
العاقلة فلم يكن مقتضيا لشئ انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على
ما سيجىء انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذى يجب بالصلح وهو الذى يجىء
فى كتاب الديات ولا يكون ذلك الا فى الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش
قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجانى ففى مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجانى من
الدين المشترك لم يكن الجانى المصالح مقتضيا لشئ اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة
فانى ما أراده مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقى كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع
العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدى كاحدهم على ما يجىء فى كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشئ اذ قد
كان مقتضيا لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضى اطلاق الجناية لا تقييدها
بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا لشئ لزم أن لا يرجع شريكه عليه كما فى الصلح عن جناية العمد فلم
يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ولو جاز فى
نصيبهما لابد من اجازة الآخر) يعنى أنه لو جاز فاما أن جاز فى نصيبه خاصة أو فى النصف من النصيبين
فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة
واللازم باطل وان كان الثانى فلابد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان
هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم
جواز الصلح كما تقرر فى دليل أبى يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين فى الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا
وأما اذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفى الشق الاول من الترديد المذكور انما لزم قسمة
الدين قبل القبض فى ضمن عقد الصلح فلا محذور فى اللازم (قوله ولانه لو جاز لشاركه فى المقبوض فاذا شاركه فيه
رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على اجازة
صاحبه فان أجاز نفذ عليهما كأنهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقى من السلم بينهما وان رده بطل أصلا
وبقى الطعام كله بينهما وعند أبى يوسف رحمه الله الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لان الصلح عن المسلم فيه
على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أى بدل كان عنده ثم أحد ربى الدين اذا صالح عن نصيبه مع
المديون على بدل جاز الصلح و يخير الآخر بين أن يشاركه فى المقبوض و بين أن يرجع على المديون بنصيبه من
ذلك الدين كذلك ههنا (قوله بخلاف شراء العين) جواب لقوله و بما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما أى الاقالة

(قوله رجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح

تجديد السبب (قالوا) أى المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا انما هو (اذا خلطا رأس المال) وعقدا عقد السلم وأما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق فى الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثانى وهو قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما فى المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين فى ان اختلاف المتقدمين فى صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف فى البيوع مع ذكر الخلط وذكر فى كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح فى قول أبى يوسف ولم يذكر قول أبى حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لان الموجب للشركة فى المقبوض هو الشركة فى دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا

(فصل فى التخارج) التخارج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى أحد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر فى أثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه فى مختصر الضوء والرسالة (واذا

قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق *(فصل فى التخارج)*

الشريعة واعترض بان هذا المعنى موجود فى الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بانه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرر المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان و يثبت لكل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفى السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض أن يعود و يقول فى هذا المعنى موجود أيضا فيما اذا اشتريا عبدا فاقال أحدهما فى نصيبه والفرق المذكور فى الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان الاقالة فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر فى آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب فى تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها و يمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض فى صورة الاقالة فى العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع فى العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور فى تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

(فصل فى التخارج) التخارج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد

فى العين تصرف فى الحكم فى حالة البقاء وذلك يستغنى عن العقد وهنا التصرف فى ابطاله واقع فى العقد وهو ينعقد بهما فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بالابطال باعتبار تصرفه فى حكمه فى حال ثبوته اذ حالة الدين كحالة الوجود الى أن يقبض والحكم يقتصر الى العلة ثبوتا ولانه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدى الى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه و يتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لان الآخر اذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر فى رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة فى باب السلم لا تحتمل الابطال قوله قالوا هذا اذا خلطا رأس المال) أى هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول وهو ما ذكر أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثانى وهو ما ذكر أنه لو جاز يشاركه فى المقبوض هو على الاتفاق أى جوابهما ههنا كجواب أبى يوسف رحمه الله لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح فى المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال والصحيح ان الخلاف فى الفصلين ثابت الا أن عدم جواز الصلح فيما اذا خلطا بعلتين وفيما اذا لم يخلطا بعلة واحدة وذكر فى الاوضح أن دعوى الاجماع فيه غير سديد لان الشركة فى المقبوض انما تلزم من الشركة فى دين السلم والشركة فى دين السلم من اتحاد عقدهما وذلك ثابت لا يختلف بين ما اذا خلطا رأس المال و بين ما اذا نقد كل واحد منهما نقدا على حدة والله أعلم

(فصل فى التخارج) وهو من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم بشئ معلوم وصورته امرأة ماتت وتركت زوجا وبنتا وأختا لاب وأم ففى المسئلة الربع والنصف والباقى والتركة دنانير وأثواب فصولح الزوج على الاثواب والدنانير يقسم بين البنت والاخت على ثلاثة أسهم سهمان للبنت وسهم للاخت

(قوله وقيل وليس بسديد) أقول القائل هو الخبازى نقلا عن الاوضح *(فصل فى التخارج)* (قوله ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول و يجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت

قال (واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم الخ) واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله ابراء لان الابراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا الشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع أجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضى الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيأ واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفى جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ماروى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك فى الكتاب وذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض فى المجلس لكونه صرفا غير أن الوارث الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها فى يده يكتفى بذلك القبض أى القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل فى ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذى فى يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا) لانه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال (وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس

الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال فى غاية البيان والاصل فى جواز التخارج ماروى محمد بن الحسن فى الاصل فى أول كتاب الصلح عن أبى يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال يتخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الائمة السرخسى وعلاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى لفظ الكافى كما فيه من غير تغيير الا أن شمس الائمة السرخسى قال وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد الالف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ماذكر فى جملة الشروح ههنا غير أنه ذكر فى سائر الشروح أنه ذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه

(قوله لانه أمكن تصحيحه بيعا) انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء فيما زاد من نصيبه لانا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع (قوله وفيه أثر عثمان رضى الله عنه) روى عن عمرو ابن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة رضى الله عنهم أجمعين فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظهار بع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ مصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألف دينار

(قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الضمير فى قوله صالحوها راجع الى احدى نساء (قوله وهى تماضر الى قوله ولم يفسر ذلك فى الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بانه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك فى الكتاب يعنى لم يفسر محمد فى مبسوطه

أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء أيضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق أما اذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذاك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا أما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين

فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين

تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك اذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي أيضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا أن البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقدمر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح على الاقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قدمر في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدمر أيضا في الشروح

(قوله لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح) الاصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون (قوله لا بد من تجديد القبض) وهو أن يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه (قوله فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس) قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه أو أقل من مال الربا في حال التصادق وأما في حال المناكرة فالصلح جائز لانه يعطي المال لدفع الخصومة فلا يتمكن فيه الربا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا (قوله احترازا عن الربا) لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة فيكون ربا فلا بد من أن يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربا (قوله ويكون الدين لهم فالصلح باطل) أي في الكل في

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكاكي أي في الكل في العين والدين أما في وهو الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلاتحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضا على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والعبد بثمن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتأمل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على أن

وهو جائز وهـذه حيـلة الجواز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

هناك ان ماذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما فى ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية فى تلك المسئلة حتى قال فى الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لاغير على ماذكر فى جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به يمينه فلا يتمكن الربا كذا فى الذخيرة والتتمة ونقل عنهما فى النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعنى الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين فى حالة التصادق أما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابى والصحيح انه باطل فى الوجهين لانه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا انتهى وهكذا نقل عنه فى غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان فى فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا فى حالة التصادق أما فى حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان فى حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع انتهى كلامه (أقول) فى الوجه الذى ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا فى حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا فى حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا فى حق الآخذ أيضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق فى قدر المأخوذ واسقاط الحق فى الباقى كما قالوا فى الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام فى الصلح عن أعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما مر حوابه فلو أمكن تصحيح هذا الصلح فى حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه فى حالة التصادق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين فى ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا على عدم امكان تصحيحه أصلا فى حالة التصادق نعم بقى لنا الكلام فى هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح فى الحالتين معا بحمله على البراءة من دعوى الباقى من أعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثانى دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا فى سائر الشروح أما فى الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع فى نفس المال بان يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون فى نقده وتعجيله بان يعطيه فى الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافى أن يأخذ عينه أو بدله فى الآجل فلما كان قول المصنف فى الوجه

الدين والعين جميعا أما فى حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما فى حصة العين فلان الصلح لما فسد فى حصة الدين يفسد فى حصة العين أيضا لاتحاد الصفقة وهذه المسئلة ترد نقضا على أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا أسلم حنطة فى شعير وزيت فانهما قالا لا يصح فى حصة الزيت ويفسد فى حصة الشعير وههنا أفسدا فى الكل وقيل فى الفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن وقيل بطلان الصلح فى العين قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين (قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء (قوله ويحيلهم) أى المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه أى

وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما فى الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء

يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل قال المصنف (وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول قال فى الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتامل (قوله وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم) أقول فيه بحث

ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

الثانى متبرعين بحمله لكل واحدة من صورتى التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر ضرر بقية الورثة فى الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر فى الصورة الاولى ففسر والضرر فى الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل فى الرد عليهم اذ لانسيئة فى التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثانى فى شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا و يحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفى هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف فى توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافى وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين و يصالح عن أعيان التركة بمال وفى هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره فى تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد فى الطنبور نغمة حيث قال فى هذا المقام وفى هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال فى حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى. (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمى من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقى الورثة فاين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا فى كثير من الشروح بان كان له فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا فى الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح و يكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر فى الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا فالحق فى البيان ههنا أن يقال بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون فى التركة كيلى أو وزنى و بدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القلة فى جانب بدل الصلح لا فى جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافى تنبه أيضا لما ذكرنا

(ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل

نصيب المصالح من الدين (قوله قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الامام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله فقال لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربا بان كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه أبى جعفر رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهى ساقطة الاعتبار وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله

وقيل

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح أنه يجوز لانها لا تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخى رحمه الله فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال فى تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا فى العناية وعلى هذا المنوال ذكر فى الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره فى أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا لا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التى ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبى الصحة والفساد ألا ترى الى قولهم لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال لجانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهته تأمل تقف ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعدما بين الاختلاف فى هذه المسئلة على ما ذكر فى الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان فى التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل أصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاستقلال احداهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراهما قوله فى أول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا وأما ثانيا فلان التفصيل الذى ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان فى التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه

والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة وذلك لا يعتبر (قوله والاصح أنه يجوز لانها تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة) ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة ألا ترى أنه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعرفون اما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضى الى المنازعة (قوله وذكر الكرخى فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) قال شيخ الاسلام رحمه الله فى المبسوط هذه المسئلة على وجهين اما أن الدين مستغرق أو غير مستغرق ففى الاول لا يقسم لانه لا ملك لهم فى التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك فى التركة عندنا فلهذا لا يقسم وفى الوجه الثانى القياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكل وفى الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقى فيما بينهم بناء على أن الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يملك الوارث فى التركة أم لا فالقياس أن لا يملك الوارث شيأ فى التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفى الاستحسان يملك التركة حتى لو كان الموروث جارية تحل له وطؤها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين واذا ملكوا

(وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبى جعفر لاحتمال أن لا يكون فى التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعا) اذ لا يصح أن يكون ابراء (لان المصالح عنه عين) والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه فى يد بقية الورثة) فلا ثمة احتياج الى التسليم حتى يفضى الى النزاع حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا أو غيره ففى الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفى الثانى لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخى انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا ووجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها

أكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كمامر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضا يجوز الصلح قطعا كمامر أيضا مستوفى وأما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب فى هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل فى هذه المسئلة هكذا وفى صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أوموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور فى هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هى منحصرة فى الشق الثالث منه وهو مالم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ماذكر فى الكتب المعتبرة عامة

(كتاب المضاربة)

قدمر وجه المناسبة فى أول كتاب الاقرار والمضاربة فى اللغة مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى الذين يسافرون فى الارض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا طلبا للربح وفى الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى فى الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه هى فى الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ماشرطا (أقول) فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة فى الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت أو مايؤدى هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر فى أثناء المسائل قال فى العناية وشروطها نوعان صحيحة وهى ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كماسيأتى ذكر ذلك اه (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضا نوعان نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد فى نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا فى النهاية وسيأتى التصريح به فى الكتاب أيضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة فى النوع الثانى منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه فى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على مافصل فى النهاية قال فى العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه فى كثير من المعتبرات حتى المتون ألا ترى الى ماقال فى الوقاية وهى ايداع أولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا يثبت بها أولا على ماصرح به فى عامة الكتب وقال فى الكافى والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كماسيأتى

جميع التركة استحسانا كان يجب أن يقسم الكل بينهم الا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه والله أعلم

(كتاب المضاربة)

هى مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى بالضرب السفر للتجارة وفى الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة أو معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت أو مايؤدى هذا المعنى مثل أن يقول خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله تعالى من

الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة والله أعلم

(كتاب المضاربة)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وسمى هذا العقد بها

(كتاب المضاربة)

لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح) قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو معارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روي أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمرا بعد من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان اجماعا قال (ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل

وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا أن يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا أنهما يصلحان أن يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد باحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكره في قرانتهما من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضا في الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضا فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شئ (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيا اه (أقول) ليس هذا بشئ لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد

شئ فهو بيننا نصفان أو على أن الثلث ربعه أو خمسه أو عشره وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي تصح به الشركة كما مر ثمة وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (قوله وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين) روي ان العباس رضي الله عنه دفع المال مضاربة وشرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي عن عبيد الله وعبد الله ابني عمر رضي الله عنه قدما العراق ونزلا على أبي موسى الاشعري فقال لو كان عندي فضل مال لاكرمتكما ولكن مال من بيت المال فابتاعا به واذا قدمتما المدينة فادفعاه الى أمير المؤمنين ولكما ربحه فلما قدما على عمر رضي الله عنه فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد رحمه الله قال كان لنا مال عند عائشة رضي الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه يدفع مال اليتيم مضاربة (قوله لا على وجه البدل) احترازا عن المقبوض على

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانها في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولا لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرح من انه وكيل عند الدفع فليتامل

فلهــذا يظهر معــنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون فى الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال (المضاربة عقــد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيماذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة فى الربح لا فى رأس المال مع الربح أى لان رأس المال لرب المال والربح يستحق

بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أى بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذى تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عنــد أبى حنيفة وأبى يوسف أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز وقد تقدم فى كتاب الشركة ولو دفع اليــه عرضا وقال بعه واعمــل مضاربة فى ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعنى أنه مشتمل على التوكيــل والاجارة بالراء والاجازة بالزاى وكل منهما يقبــل الاضافة الى زمان فى المســتقبل فيجب أن يكون عقــد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فــلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا أنه يقبل الاضافــة

والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فســدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذى تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة

الايصال والافضاء الى المسبب فى الجملة لا التاثير فيــه وانما التاثير وظيفــة العلة وقد عرف ذلك كله فى الاصول فتخلف استحقاق الربح عن ســعى المضارب وعمله عنــد عــدم ظهور الربح لا يخل بصحــة الــكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبــل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية فى بيان التعليل أى لان عقــد المضاربة مشتمــل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبــل الاضافة الى زمان فى المســتقبل فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان فى المستقبل أيضا لئلا يخالف الــكل الجزء اهـ واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا البيان غير أنه قال والاجارة بالراء والاجازة بالزاى (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن المضاربة ما لم تفســد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر فى الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة فى الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء أصــلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها فى تعليل صحة عقد المضاربة فى الصورة المزبورة وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الــكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الــكل لاجزائه الخارجية والعــقلية فى كثير من الاحكام ألا ترى أن الواحد جزء من الاثنــين والاول فرد لا زوج والثانى زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة

سوم الشراء (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن (قوله ولا مضاربة بدونها) أى بدون الشركة فى الربح (قوله ولا يصح الا بالمال الذى يصح به الشركة) وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أو فلوسا رائجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشــياء لا تجوز اجماعا وحاصله ان العروض لا تصلح لرأس المال فى المضاربة عندنا خلافا لمالك رحمه الله وكذلك الــكيلى والوزنى خلافا لابن أبى ليلى وقال مالك رحمــه الله المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يتربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداؤها بالعروض لــكنا نستدل بنهى النبى عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدى الى ذلك لانها أمانة فى يد المضارب وربما ترتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصــل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غــير أن يدخل شئ فى ضمانه بخــلاف النقد فانه يشترى به وانما يقع الشراء بثمن مضمون فى ذمته فما يحصــل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن أبى ليلى هى جائزة فيما اذا كان رأس المال مكيلا أو موزونا أيضا كما فى النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصــيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدى الى ربح ما لم يضمن وانه منهى (قوله لانه يقبل الاضافة) لانا ان اعتبرنا الوكالة أو الوديعة أو الاجارة فليس فى شئ من ذلك

بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لــكن مع اختلاف التخريج أما عند أبى وكذا

(قوله لئلا يخالف الــكل الجزء) أقول قد سبق فى كتاب الوكالة أن الاصل فى المضاربة العموم وفى الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الــكل الجزء (قوله واذا لم يصح كان المشترى للمشترى) أقول والاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الــكل

وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما فى

والاجارة أيضا متحققة قطعا فى كثير من الاحكام منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثانيا فلأن الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة ولا شك أن حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ماذكره البعض وشئ مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية فى تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه فى تمشية ذلك تقرير صاحب الكافى حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان فى المستقبل يجوز لانه وكالة أو وديعة أو اجارة وليس فى شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان فى المستقبل اه نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو أن المضاربة اجارة بعد فسادها لا فى حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة فى تعليل صحتها فى الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس فى عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان فى المستقبل لا فى حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم أقول بقى لى بحث قوى فى هذا المقام وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا فى محله بان مالا يصح اضافته الى زمان فى المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان فى المستقبل فقد وجد فى المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغى أن لا يصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشترى والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قدمرمنا أن حديث كون الوكالة جزأ من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب فى مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزأ منها فلا بد فى بيان بطلان المضاربة فى الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبى حنيفة من المصير الى ماذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا فى ترك

ما يمنع صحة الاضافة الى وقت فى المستقبل فتكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والثمن يصح به المضاربة وكذا قوله اقبض مالى على فلان لانه أضاف المضاربة الى حالة القبض وفى تلك الحالة يصير الدين عينا وانما شرط كون رأس المال عينا لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك فى العين ولان المضارب امين ابتداء ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون (قوله على مامر فى البيوع) أى بيوع الوكالة وهى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر ألف فامره ان يشترى بها هذا العبد الى آخره فعلى هذا معنى قوله اعمل بالدين الذى فى ذمتك أى اشتر بالدين عليك ما بدا لك من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لان صحة المضاربة ان يكون رأس المال عينا ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا الدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يبرئه عن الضمان مع بقائه بدون القبض واذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له ولا شئ لرب المال منه عند أبى

حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على مامر فى البيوع أى فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فامره أن يشترى بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشترى للمشترى والدين بحاله واذا كان المشترى للمشترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافى الشركة المشروطة لجوازها والمنافى لشرط جواز الشئ مناف له واذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما اذا ثبت الوجود انتفى العدم

ثم فسر ذلك بقوله (فان شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أى وجوب أجر المثل (لانه) عمل لرب المال بالعقد و(ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولابد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك فى الربح (لكونه لرب المال لانه نماء ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك فى كل موضع فسدت المضاربة (ولا

عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف خلافا لمحمد كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن أبى يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك

ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح الى أن هذا تفسير المسئلة المتقدمة والفاء فى قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أى على ما شرطا كالنصف والثلث فله أى فللعامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التى هى مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسير المسئلة المتقدمة التى هى مسئلة مختصر القدورى لوجهين أحدهما أن المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى فى صور متعددة مذكورة فى معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقى للآخر ومنها ان شرط لاحدهما نصف الربح أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرط لاحدهما نصف الربح أو ثلثه وزيادة عشرة وفى كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة فى الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى فى صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما أن حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين فى الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى أن الفاء فى قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل الا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التى أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدورى ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبى يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها) فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لابى يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد قلت

حنيفة رحمه الله فدينه عليه بحاله وفى قولهما ما اشترى فهو لرب المال والمضارب برئ من دينه وله على رب المال أجر مثله فيما عمل وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع (قوله وان شرط زيادة عشرة) هذا تفسير المسئلة المتقدمة يعنى اذا قال على ان ما رزق الله فى ذلك من شئ فللمضارب منه عشرة والباقى من الربح بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله وربما لا يربح الا مقدار العشرة (قوله ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف رحمه الله) يعنى بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك يغير المشروع فجرى وجوده مجرى عدمه (قوله كما بينا فى كتاب الشركة) أى فى شركة الاحتطاب والاحتشاش (قوله اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) لان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من

يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف) قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشر المشروطة لان ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغا ما بلغ (كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لانه أجير وأجرة الاجير تجب بتسليم المنافع) كما فى أجير الوحد فان فى تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما فى الاجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبى يوسف لا يجب) له شئ اذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيأ (مع أنها فوق الفاسدة) ففى الفاسدة أولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوى فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد أجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه اشارة الى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول فى القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهرى ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لاحدهما من الثلث والنصف اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة فى الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أى شرط العشرة

اعتبارا

مثـــل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمـــل وان تلف المال في يد فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة

اغير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعـــمل به هو لا غـــيره ولا يضمـــن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحـــد من حيث انه أجـــير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد وهـــذا قول أبي جعـــفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قـــول أبي حنيفـــة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخـــذ المال بهذا الطريق من غـــير واحـــد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا له

اعتبارا بالصحة ولانه عين مستأجرة في يده

جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثـــل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عنـــد ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثـــله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هـــذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصـــنف متصلا بما نحن فيـــه حيث قال والمال في المضاربة الفاســـدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليـــل آخر ما آل الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصـــنف أيضا بقوله ولانه عين مستأجرة في يده لكن الـــكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليـــلا مستقلا عليـــه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والـــكافي وغيرهما فتامل ثم ان بعض الفضـــلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيـــل والاجارة معا وأما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيـــل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما صرح به (قوله ولانه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستاجر يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غـــيره فلا يضمن كاجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضـــلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستاجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول وأسند للفاعل اذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء ملأته وقد أســـند الى الفاعل لان الســـيل هو المالئ لا المملوء بخلاف ما نحن فيـــه فان رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستاجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمى العـــين مستأجر العمل لمضارب فيـــه اهـ ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت

العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وجه ظاهر الرواية ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان (قوله ولانه عين مستاجر في يده) أي ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحـــد ولكن استاجر رجلا ليعمل المستاجر فان مر في يد الاجير لانه عين مستاجر حتى اذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رحمه الله وما ذكر في الكتاب بان المال في المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه أبي جعفر الهندواني والفرق لهما بين الاجـــير المشـــترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابي جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتامل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستاجرة في قول المصنف عين مستاجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى فليتامل (قوله لان العين الواحد الخ) أقول فيه تامل

ولاية جعله أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلى فقال (وكل شرط يوجب جهالة فى الربح) كما اذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفى الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح فى مقابلة العمل وأجرة الدار والارض وكانت حصة العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال) أو عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة فى الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة فى الربح ولا يبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما يجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أى المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تفضى الى النزاع فينبغى أن لا تكون مفسدة قلنا العلة افسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والارض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين انه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام وان كان صحيحا فى نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر

وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

لآخر وقال صاحب العناية والنهاية تبعا لهم فى تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد فى قولهما لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد لان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجرا لكثير من المستأجرين فى وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم فى ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لاكثر من واحد بخلاف أجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر فى الوقت الواحد كما تقرر فى محله وان أريد بالعين الواحد فى قولهما المزبور رأس المال فمسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى وقت واحد أى أن يكون فى يد كل واحد منهما يعملان به فى وقت واحد ولكن هذا لا يقتضى أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى فى كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون فى يده وفى يد غيره على الاستقلال فى الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد فى محلين مختلفين فى وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب) قال فى النهاية فان قلت هذا الكلى منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلى لان هذا الشرط لا يوجب جهالة فى الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلى ينبغى أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذى يوجب جهالة فى الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذى لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفى العليل ولا يجدى طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود فى المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة فى باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد

والذى عند الاجير المشترك مضمون عندهما وان المضاربة متى فسدت فهى اجارة معنى من حيث ان المضارب يبتغى بعمله عوضا (قوله مع انها فوقها) أى فى امضاء حكمها وفى استحقاق الربح (قوله وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده) لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع المضارب أرضه سنة الى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع رب المال أرضه الى المضارب يزرعها سنة أو على ان يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا فاسدا فبطل الشرط كذا فى الايضاح وكذلك لو ورد فى الربح أيضا تفسد المضاربة نحو ان يقول بشرط ان يكون لك ثلث الربح أو نصفه لجهالة فى الربح (قوله كاشتراط الوضيعة على المضارب) الوضيعة اسم لجزء هالك من المال وكذلك اشتراط الوضيعة

بعدهذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال

قال (ولابدأن يكون المال مسلما الى المضارب ولايد لرب المال فيه) لان المال أمانة فى يده فلابد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلابد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل فى الشركة من الجانبين فلوشرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلايتمكن من التصرف فلايتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أوغير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصى لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولايتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد

بقوله وغيرذلك الشرط الذى لايمنع موجب العقد يكون الشرط الذى يمنع موجب العقد ولايوجب جهالة فى الربح خارجا عن قسمى هذا الاصل فلايتحقق الانضباط فلايتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لايوجب جهالة فى الربح ولايبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما يجىء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغيرذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أى المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشئ عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا فى نفسه الا أنه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثانى من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غيرذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار اليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هنالك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلى فقال وكل شرط يوجب جهالة فى الربح الخ ولاشك أن المضاربة المعدومة لاتندرج فى هذا المعنى (قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر

عليهما يفسد أيضا (قوله وشرط العمل على رب المال مفسد) حكى القاضى الامام عاصم العامرى عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمه الله اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف فى المال بانفراده متى بداله وان يتصرف المضارب فى جميع المال بانفراده متى بداله جازت المضاربة وانما لايجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة اذا شرط العمل جملة لانه حينئذ لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا فى الذخيرة (قوله أوغير عاقد كالصغير) كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لان الصغير اذا كان مالكا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب (قوله كالمأذون) اذا دفع المأذون ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لان يد التصرف ثابتة له فى هذا المال ويده يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة بخلاف الاب والوصى لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما أى اشتراط العمل عليهما بجزء من المال أى بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب أو الوصى واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه رب المال وقد تحققت (قوله مطلقة) أى غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة

(ولابدأن يكون رأس المال مسلما الى المضارب الخ) لابدأن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولايد لرب المال فيه بتصرف أوعمل لان المال أمانة فى يده فلابد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من جانب والعمل من جانب فلابد من ان تخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلوشرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلايتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقدا أوغير عاقد كالصغير اذا دفع وليه أووصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لايجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما أن يكون من أهل المضاربة فى ذلك المال أولا فان كان الاول كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبى فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثانى كالماذون بدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزل المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة والله أعلم قال (واذا صحت المضاربة مطلقة الخ)

المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها وما يصنع ماهو صنع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل و يبضع ويودع لانها من صنيعهم و يسافر لان المسافرة أيضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما

تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني أنها من صنع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذ المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها (بخلاف الايداع والابضاع لانه مادونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ماهو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول) يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة

قال

صنوف التجارة وماهو من صنيع التجارة والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول

الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان (أقول) هذا تقصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة فلم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها أن يقال مالم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ماهو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده

(قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له ان يسافر به) هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله في الوديعة كذا في المبسوط (قوله وان دفع في بلده) أي في بلد المضارب (قوله لانه هو المراد في الغالب) لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه (قوله لان الشيء لا يتضمن مثله) هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا بحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه (قوله فلا يحصل به الغرض وهو الربح) أي بالقرض لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط أو غيره وهذا بخلاف الابداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الابداع حفظ المال وهو من صنيع التجار (قوله فيدخل تحت هذا القول) أي تحت قوله اعمل برأيك

(قوله لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لان الثابت بالاذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الاصلية ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة اسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لان

من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغى أن يترجح على جهة العدم أجيب بان كلامن جهتى الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل فى شئ معين يختص به (وفى التخصيص) فى بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفى عدم استحقاق النفقة فى مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لمادة العقد وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتر ورده الى البلد الذى عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بانه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج (واذا اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذى عينه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء فى يده بالعقد السابق وأما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه فى ذلك القدر والباقى على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم

قال (وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفى التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا

وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر أن قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب بغيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل المذكور فى الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه فى الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر فى بعض الشروح من أن الكلام فى التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلانه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بانه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج اهـ (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتى من ان شرط الشراء فى رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالحق فى الجواب أن يكتفى بان يقال ان المضاربة تزول بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذى عينه

(قوله وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه) هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مفيد حتى جازله ان يتجاوز التى عينها الا اذا صرح بالتخصيص بطريق النهى فقال لا تعمل فى غير هذه السوق فيتخصص (قوله وفى التخصيص فائدة) وهى صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانة المضارب حيث امكنه المنع عنها واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب ما دام فى المصر لا يستحق النفقة فى مال المضاربة (قوله واشترى ببعضه) أى وقد كان اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه (قوله لما قلنا)

فك الحجر عبارة عن اسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون باذن عبده فلا يخفى عليك ما فى تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقى سيجىء فى مواضعها) أقول أى من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقى كما سيجىء فليتأمل (قوله أجيب بان كلا من جهتى الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها) أقول الاظهر فلا يترجح أحدهما بالاخرى (قوله وفى التخصيص فى بلد بعينه) أقول فى تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء) يعني في الجامع الصغير (للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل (٤٢٤) وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن هو ثمن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا أي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص كذا واثنان منها تعتبر مشورة والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذه تعمل به في الكوفة بالجزم وما وصل فوعاء كلام المصنف يحتملهما أو قال فاعمل به في الكوفة

ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة تضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل

رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا متطوعا غير موقوف على شئ (قوله الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير اه (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شئ من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكرها هنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيه شئ وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص

اشارة الى قوله ابقاء في يده بالعقد السابق (قوله الا اذا صرح بالنهي) لان الدلالة لا تعارض الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهي لا يباح التناول (قوله ومعنى التخصيص ان يقول) ما يفيد التخصيص من الالفاظ الستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل به

(قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة) أقول جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله ثمن النسيئة خبر كان

أوقال خذه بالنصف بالكوفة أوقال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة مالا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال فى المصر وقوله تعمل به فى الكوفة تفسيرا لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به فى الكوفة فى معناه لان الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب المبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما فى قوله أدالى ألفا وأنت حر أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به فى المعاملة لتفاوت الناس فى المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة فى الحساب والتنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أودفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعنى من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفى وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغير (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعنى غير المكان فى الاول والنوع فى الثانى دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفى لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ

كذا أو فى مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أودفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع

مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به فى باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغى أن يكون قوله تعمل به فى الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتامل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم تجعل الواو للحال كما فى قوله أدالى ألفا وأنت حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال

بالكوفة أو تعمل بالرفع أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة فالضابطة ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة مالا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظين الآخرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة (قوله لانه تفسير له) لكلام المبهم يعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به فى معنى التفسير أيضا لان الفاء للوصل والتعقيب والذى يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير وكذلك لو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا اعمل بها دون غيرها اما اذا قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به فى الكوفة فله ان يعمل به حيث شاء لان الواو للعطف والشئ لا يعطف على نفسه وقد تكون للابتداء وقوله خذه مضاربة بالنصف واعمل به عطف أو ابتداء فيكون مشورة لا شرطا فان قيل لم يجعل قوله واعمل به حالا كما فى قوله أدالى الفا وأنت حر قلنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانت حر لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ على انا نقول الواو تستعار للحال مجازا فصار اليه للحاجة الى تصحيح الكلام والكلام صحيح هنا باعتبار الحقيقة فلا حاجة الى حملها على المجاز (قوله لان فائدة الاول التقييد بالمكان) لانه لا فائدة فى تقييده باهل الكوفة لان أهل الكوفة على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون فى حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفى التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيتقيد به

(قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به فى الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا (قوله وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتامل (قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر

يترك بدلالة العرف والعرف فى ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بهما اولما لم يخص المعاملة فى الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أوغيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق فى شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفى هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود فى الوكالة حتى لو كان مقصودا للموكل وقيد

وهذا هو المراد عرفا الا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أوغيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان فى المال ربح لم يجز له أن يشترى من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيأ) لانه لا صنع من جهته فى زيادة القيمة ولا فى ملكه الزيادة لان هذا شئ يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة

العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا فى النهاية وعامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة

وفائدة الثانى التقييد بالنوع لانه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع فى معاملاته وهم الصيارفة علم بهذا ان مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة (قوله هذا هو المراد عرفا) أى بالاول والثانى (قوله لقرابة أوغيرها) كالمحلوف بعتقه (قوله لان العقد وضع لتحصيل الربح) أى عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشراء العبد مطلقا بالف درهم ملك ان يشترى بها عبدا يعتق على موكله بالقرابة أو باليمين ولا يصير مخالفا لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشراء شئ يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال فى الوكالة اشتر لى جارية أو عبدا بالف درهم ابيعه فاشترى عبدا يعتق عليه صار مخالفا ولا فرق بينهما حينئذ (قوله بخلاف البيع الفاسد) أى يدخل البيع الفاسد فى المضاربة كما اذا اشترى عبدا أو ثوبا بخمر أو خنزير لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود (قوله على الاختلاف المعروف) أى يفسد نصيب رب المال عند أبى حنيفة رحمه الله ويعتق عندهما بناء على تجزى الاعتاق وعدمه (قوله كما اذا ورثه مع غيره) صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا وأخا (قوله ويسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) أى من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح

بقوله اشتر لى عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أى اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولى والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما أن يكون فى المال ربح أولا فان كان لم يجز له أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبى حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف فى تجزؤ الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفى المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيأ لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أى نصيبه من الربح أمر حكمى لا صنع له فى ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيأ لعدم الصنع منه ويسعى العبد فى قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما فى الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ)

وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيأ وانما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق فى حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه أى الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل واحد منها يساوى رأس المال كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوى ألفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثانى أن المضارب اذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوى ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثانى بان المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبى حنيفة قولا واحدا وعندهما أيضا فى رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعنى الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة

مما يفيد التخصيص وقد صرح فى النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التى ذكروها فى الجواب المزبور اعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهى كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها فى قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما فى قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الامر كذلك فى قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر فى العلوم العربية أن الجمل الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفى على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العينى قد اعترض على الجواب الذى ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بانه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما فى قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا شيأ فهو أيضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العينى وقصد توجيه الجواب الذى ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعى موسر) قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق فى حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع

(قوله والمدعى موسر) قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة المضارب اعتاق فى حق الولد فينبغى ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه (قوله حملا على فراش النكاح) بان يزوجها منه بائعها (قوله كمال المضاربة اذا صار اعيانا) أى اجناسا مختلفة حقيقة أو حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى ألفا ورأس المال ألف كان له ربعهما حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح أما العبيد فعند أبى حنيفة رحمه الله أجناس مختلفة لفحش التفاوت فى المعانى الباطنة وعندهما كذلك الا أن يرى القاضى الصلاح فى الجمع أو يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع فان قيل لماذا لا تجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب تبقى أن كذلك قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لا أنها رأس المال دراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها لرأس المال ثم انما لا يتعين أحدهما لرأس المال لان أحدهما ليس باولى من الآخر للتعين لرأس المال

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وأما ما نحن فيه فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيأ لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا وأصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده وان شاء أعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى (٤٢٨) كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك   الفراش
الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد ضمان اعتاق وهو اتلاف فلابد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلابد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعي الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال

ذلك لا يضمن اهـ كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ماذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلابد من التعدي ولم يوجد اهـ فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انه قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أولى اهـ واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس

(قوله لان ذلك انشاء العتق) فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان صحة الانشاء محتمل تعتمد قيام المحلية في الحال وصحة الاخبار تعتمد احتمال الخبر به في الزمان الماضي وههنا أمكن الخبرية لاحتمال أن يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهر فينفذ عند وجود الشرط (قوله ولا صنع له) أي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة (قوله كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله) أي يقبل الاعتاق كما يقبل المكاتب (قوله ظهر ان الجارية كلها ربح) وانما لم تجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد من جنس رأس المال وأنه مقدم في الاستيفاء فكان تعيينه لرأس المال أولى ولما صارت الجارية ربحا فعقرها الواجب على المضارب يصير

(قوله وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا

الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر

(باب المضارب يضارب)

(قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثانى حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابى حنيفة أن الدفع قبل العمل ايداع

المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهى من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هى رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفى على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على الجواب الذى ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافى وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال فى دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد أصل فى الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغى أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذى ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح أن يكون مراد المجيب بالجواب الذى هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التى لا مدخل لها فى تمشية هذا الجواب اذ التقدم فى الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل فى اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبنى على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العينى بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافى وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا نرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضى رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

(باب المضارب يضارب)

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر فى هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى أبدا فكذا بيان حكمها كذا فى النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى وذكر فيهما وجها آخر أيضا وهو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبدا واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) فيه تعسف لان

ربحا أيضا فيكون بينهما (قوله وضمان التملك لا يستدعى صنعا) لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوى فيه التعدى وغيره كالنائم اذا انقلب على شئ وأتلفه (قوله ثم ملكها هو وغيره وراثة) كالاخ تزوج بجارية أخيه فمات المولى وترك الجارية بين الزوج وأخ آخر يملكها الزوج ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك (قوله بخلاف ضمان الولد) لانه ضمان اعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد (قوله على مامر) اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك آخرهما ولا صنع له فيه

(باب المضارب يضارب)

(باب المضارب يضارب) مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلف علماؤنا فى موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثانى حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فان ربح الثانى ضمن الاول لرب المال وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع

(باب المضارب يضارب)

حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أى موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابى حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع
وبعده ابضاع والفعلان علكهما المضارب (٤٣٠) فلا يضمن بهما العدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فصار مخالفا
لاشتراك الغير فى ربح مال رب المال وفى ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا أى وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الاول لان الثانى أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ مايكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثانى من الربح مقدارا ما تجوز به المضاربة فى الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا وللثانى نصفه (قوله ثم ذكر فى الكتاب) يعنى القدورى (يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثانى) فى هذه المسألة (باجماع) أصحابنا

وهو

وبعده ابضاع والفعلان علكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثانى لانه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع

مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعا ألا ترى ان الثانى أبدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب فى العقل لكنه ليس بمدار الحكم فى هذا الباب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وبعده ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذى ينافى الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال فيه وجه المروى عن أبى حنيفة ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولى بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو علك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على مابينا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منه ان المضارب وكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام فى ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال فى النهاية ومعراج الدراية

(قوله فان كانت فاسدة) أى المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه أجير فيه والحكم لا يختلف بين ما اذا كانت الاولى فاسدة أو الثانية أو كلتاهما وفى الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جائزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال فى الثانى فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثانى فى الربح واذا كانتا فاسدتين فما أثبت الاول للثانى شركة فى الربح بل استأجر الثانى ليعمل فى مال المضاربة والمضارب اذا استأجر أجيرا ليعمل فى مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثانى شركة فى الربح بل يكون أجيرا وللمضارب أن يستأجر أجيرا ليعمل فى مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة أيضا لانها لا تفيد الشركة فى الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسدة فلا تفيد الثانية شركة فى الربح وكل مضاربة لا تفيد الشركة فى الربح تكون فاسدة فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثانى شركة فى الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثانى شركة فى الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يتأتى هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة قلنا المراد من جواز الثانية فى هذه الصورة كون المشروط للثانى من الربح مقدارا تجوز المضاربة به فى الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة أو نصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثانى نصف الربح أو ثلثه (قوله بناء على اختلافهم فى مودع المودع) اذا أودع رجل وديعة وأودع المودع عند آخر وهلك فى يد الثانى لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى كما فى المضارب الثانى عنده

قال المصنف (وبعده ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى

(و)هذا القول(هو المشهور) من المذهب(وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده)لكن لابد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثانى يعمل فيه (٤٣١) لمنفعة نفسه)من حيث شركته فى الربح (فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية (لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول بالعقد) أى بسببه (لانه عامل له) أى المضارب الاول (كما فى المودع) واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة يعنى أن المضارب الثانى عامل لنفسه بسبب شركته فى الربح وعامل لغيره من حيث انه فى الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد) فان الاول قد غره والثانى اعتمد قوله فى ضمن عقد المضاربة والمغرور فى ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة الثانية (والربح بينهما) على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه

وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى

ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاول لان الثانى يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى

أى الضمان عليهما عندهما أو الربح أو العمل على الاختلاف الذى ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال فى العناية وشرح العينى أى وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما أى على المضارب الاول والثانى بل كون المشار اليه به ههنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور فى الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يجر من المصنف الى الآن شئ يشعر بضمان الثانى أيضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشأن اسم الاشارة أن يشار به الى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف فى محله ووجوب الضمان على الثانى مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد بيان ما ذكر فى الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما ان الثانى هل يضمن أيضا أم لا فبينه بعد مقصلا بقوله ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى الخ فهو ههنا بمعزل عنه (قوله لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير

لا يضمن وعندهما يخير رب المال (قوله ان المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول) لان على الاول حفظ الوديعة فاذا دفع الى غيره يكون الثانى عاملا له بامره فى القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك فى يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك فى يد الثانى أما المضارب الثانى فعامل لنفسه فى القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير (قوله لانه عامل له) أى لان المضارب الثانى عامل لاجل المضارب الاول فان قيل بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله أما المضارب يعمل فيه لنفع لنفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثانى فى حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا أن ذلك بحسب اختلاف الجهة لما أن المضاربة مشتملة على عقود فذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركته فى الربح وعامل لغيره بسبب أنه فى الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشئ الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له أب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا (قوله وان ضمن الثانى يرجع على الاول بالعقد) يعنى بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذى وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتدائه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم ابتدائه فصار كالمجدد للعقد بعد أداء الضمان (قوله كما فى المودع) أى مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع (قوله فلا يعرى الخ) لانه ثابت من وجه دون وجه فمن حيث انه لا ملك له تمكن الخبث فيه

(قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والمجيب هو الاتقانى (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أى عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن اللام للمنفعة

عن نوع خبث قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستاجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شئ فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيأ هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد علكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

(فصل) (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)

انما هو قول زفر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتامل في التوجيه

(فصل) (قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال

فيكون سبيله التصدق (قوله وهو سبب الرجوع) أي الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه والله أعلم

(فصل) (قوله لعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه) التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد

عن نوع خبث) لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيأ فقد باشر العقدين ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه

(فصل) لما كان للمضارب بعد انعقاد عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحترازا عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول

(فصل واذا شرط المضارب) قال المصنف (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال الكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال اهـ وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني) أقول فيه تامل (قوله فانه اذا شرط ذلك للاجنبي) أقول عبدا أو حرا ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما

لان

والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ وقوله على أن يعمل العبد معه احترازعما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط فى حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب

لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبى حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ماعرف والله أعلم

فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم فى عبد المضارب كذلك أيضا ونقل عن الذخيرة والمغنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعى و بعض أصحاب أحمد وفى غيره لاخلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لاخلاف فى جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث اهـ (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لاخلاف فى جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفى غيره لاخلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول أنه اذا كان فى عبد رب المال خلاف لا فى غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال فى مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثانى فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل و يجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ اهـ كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أى سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع

المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فتمنع التخلية فقال هو جائز أى سواء كان على العبد دين أو لم يكن لان عبد رب المال فى حق المضاربة كعبد أجنبي آخر ولا يمنع التخلية لان للعبد يدا معتبرة (قوله ولهذا لا يكون للمولى أخذ ما أودعه العبد) أى اذا كان غائبا (قوله وان كان محجورا عليه) أى عند الايداع وفى الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز أيضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا فى حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء فى حق العبد وأمكن تصحيحه فى حق

استحقاق الربح فى حقه جعلناه شرطا فى حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبى حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبى حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط و يجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف وأما اذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور فى الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا) أى ولان للعبد يدا معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا) أى ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعنى اذا كان مديونا على ما يجيء

واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى (ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

(فصل فى العزل والقسمة) قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

الاتحاد فى الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ألا ترى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الاجنبي الذى لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل فى الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم فى عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز اه كلامه (أقول) هذا هو الحق عندى ولقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف

(فصل فى العزل والقسمة) أى فى عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال فى العناية أخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما فى الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتى اه كلامه يريد بالجواب الآتى عن الرد الاول ما يأتى فى الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة فى المسئلة الاولى وبالجواب الآتى عن الرد الثانى ما يأتى فى الكتاب أيضا فى هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب فى المسئلة الثانية وبالجواب الآتى عن الرد الثالث ما يأتى فى الشروح فى المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذى يعلم مما ذكر فى المواضع الثلاثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل فى تلك المسائل الثلاث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح فى الدليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل فى المسائل الثلاث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل فى تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما فى الدليل المذكور ان المضاربة توكيل فى بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما فى الوجوه الثلاثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا فى بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل فى بعض الاحكام الذى من جملته ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح

مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والله أعلم

(فصل فى العزل والقسمة) وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة

(فصل فى العزل والقسمة) لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذى يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة فى هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) اذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء له وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما فى الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتى

(فصل فى العزل والقسمة) (قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول قال الاتقانى فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة فى ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد وقد صرح فى باب عزل الوكيل

(وان)

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها

ماذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا لعدم ورنه أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كانه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة اه ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمن رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام

هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا رجع المرتد وهو رب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عقدهما المضاربة على ما شرطا أما اذا لم يتصل قضاء القاضي بلحاقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية وأما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل وأما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط (قوله لانه يتصرف له) أي لان المضارب يتصرف لرب المال (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) أي في قولهم جميعا حتى لو اشترى

واذا ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني بعد اذا لم مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل

من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيأ لا يجوز أن يشتري بالثمن شيأ آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذي ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى

لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدية وقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشترى بثمنها شيئا آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة اه واقتفى أثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه

وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند أبي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال أو هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول أبي حنيفة رحمه الله لان حكم العهدة يتوقف بردته وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا تعلقت العهدة عنه فان قتل على ردته تعلق لان انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشراء للغير وبالبيع وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال (قوله لان له عبارة صحيحة) لان صحة عبارته لآدميته ولا نقصان فيها بعد الردة لانه يتكلم عن عقل وتميز كما قبل الردة ولهذا لو أسلم صح اسلامه (قوله فله أن يبيعها) ولا يمنعه العزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم لما لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة (قوله فان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت) فان كان رأس المال دنانير وله دراهم أو بالعكس له

وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة

فاذا كان كذلك فانى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به فى المعتبرات قال فى البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته فى الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثانى وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله فى تعليله ولا توقف فى ملك رب المال اذلا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف فى ملك رب المال عند أبى حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف فى ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلابد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول فى التعليل ويشير اليه زيادة الشراح قيد فى قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا اذ لاشك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ فلابد أن يكون المراد بالوفاق فى بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظاهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ونحوها) وفى بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها فكلمة هذا فى قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعنى لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث فى قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض فى حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير فى ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغى أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا فى تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلانه قد أدرج الموت فى بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما فى قوله * كما شرقت صدر القناة من الدم * فعلى هذا يقال بجر الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد

أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا الا بالعروض والقياس أن لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما فى يده بجنس رأس المال فصار كالعروض نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك أى تيسر وتحصل وفى الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين أى صار ورقا وعينا بعد أن كان متاعا والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا فى المغرب (قوله وعلى هذا موت رب المال) أى اذا مات رب المال والمال عروض فله أن يبيعها كما اذا عزله رب المال (قوله ونحوها) أى نحو العروض فى حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمى كالقصدى فى حق المضارب ففى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمى لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها أقول الضمير فى قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف اليه وفيه شئ قال المصنف

(وان لم ير بح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذى قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب أجيب بانا لانسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولابد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يوكل يضيع حق رب المال (وفى الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان فى الكلام استعارة وجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل وانما فسره (٤٣٨) بذلك لان أحل ربما يوهم أن رأس المال دين فى ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعنى الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البياع والسمسار) وهو الذى يعمل للغير بيعا أو شراء فانهما (يجبران على التقاضى لانهما يعملان بالاجر عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استؤجر على شراء شئ فقد استؤجر على مالا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن فى ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبى يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل فى هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبى صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شئ استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وصرف وان اقتسماه ترادا لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقى ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (و يقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلابد من توكيله وتوكله كى لا يضيع حقه وقال فى الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضى لانهما يعملان بأجر عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع

موت رب المال تصرف آخر فى مال المضاربة بنحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى فى بيع العروض وفى بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانه نحو العروض فى ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول) الآن حصحص الحق والعجب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف فى محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فى العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا فى محله فلا انتقاض وائن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو يجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر فى كتاب الكفالة فلا ضير فى خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقى على حاله فيما عداه فتأمل

وان لم يكن فى المال ربح وهو ديون على الناس والمضارب يمتنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة فى الاقتضاء (قوله والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التى أخذ فينبغى أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما أخذ قلنا الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا أحال به أى وكله فقد أزال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر على التقاضى ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشترى وكذا المستبضع وأما الذى يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان فى المال ربح (قوله وتوكله) أى قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السمسار ألف درهم وقال اشتر بها الى رطبا باحد عشر درهما فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحيلة فى جواز هذا هو ان يستأجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له وليشترى له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه ألا ترى انه لو أسلم نفسه اليه فى جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فان

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات

(فصــل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر في هذا الفصل مالم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة بزيادة الافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب ومالا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقــد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب وليس له أن يشترى سفينة للركوب قيل (٤٣٩) هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل عــلى أن ذلك اذا كان للركوب لايجوز واذا كان للعمل فهو ساكت عنــه وله أن يستكريها أى السـفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجار فانه اذا اشــترى طعاما لايجد بدا من ذلك فهــو من توابــع التجارة في الطعام وله أن ياذن لعبــد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رســتم روى عن محمــد أنه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفــرق بينهــما أن المأذون لايصير شريكا في الربح ولو باع نقــدا ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عند أبي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لعــموم ولايتــه لكونه شريكا في الربح أو بعرضية ذلك الا أن الوكيل يضمن كما تقــدم والمضارب لا يضمن لان له أن يقابل العقد ثم يبيــع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيــله بمنزلة الاقالة والبيــع نسيئة ولا كذلك الوكيــل فانه يضمن اذا أخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيــع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء وكالته وأما عند أبي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيــع نسيئة كما قالا وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشترى أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم

وصرف الهلاك الى ماهو التبــع أولى كما يصرف الهــلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المــال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفى رب المــال رأس المــال) لان قسمة الربح لا تصح قبــل استيفاء رأس المال لانه هو الاصــل وهذا بناء عليه وتبــع له فاذا هلك مافي يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المــال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخــذه رب المــال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المــال فان فضل شئ كان بينهــما لانه ربح وان نقص فلا ضمــان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المــال لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المــال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب أن يبيــع بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيــع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيــع التجار اليــه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشــترى دابة للركو ب

(فصل فيما يفــعله المضارب) قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغى أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيــع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا أنه ذكر الفصــل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا مالم يذكر ثمة انتهــى (أقول) لايذهب على ذى فطرة سليمة أن ماذكره بقوله الا أنه ذكر الفصــل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا مالم يذكر ثمة لايجدى شــيا في دفع ماذكره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضى أن لا يقتصر على ماذكر في أول الكتاب بل يذكر مجموع ماذكر هنا وماذكر ثمة ولا تقتضى أن يذكر بعضها ثمة و بعضها هنا في فصــل على حدة فبقى مقتضى القياس الذى يذكره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصــل مالم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة بزيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شئ آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هــذا الفصــل مالم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضى الذكر مرة أولى وقد قال أولا مالم يذكره في أول

المعقود عليه هنالك البيــع والشراء حتى لايجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يتم العمل (قوله لان قسمة الربح لاتصح قبل استيفاء رأس المــال) لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المــال الى رب المــال (قوله لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبــع له) لتصور رأس المــال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المــال (قوله لما بينا) أى لانه أمين والله أعلم

(فصل فيما يفعله المضارب)

(قوله ويجوز للمضارب أن يبيــع بالنقد والنسيئة) وقال ابن أبي ليــلى ليس له أن يبيــع بالنسيئة لانه يوجب قصر يده على المــال والتصرف فيه فيضاد ما هو مقصود رب المــال وهو كالاقراض ألا ترى أن البيــع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبرع ولنا انه من صنيــع التجار وهو أقرب الى تحصيل مقصود رب المــال وهو الربح فانه في الغالب انما يحصــل بالنسيئة والدليــل على ان البيــع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبــة وليس ذلك الا البيــع

(فصل فيما يفعله المضارب) (قوله أى السفينة والدواب مطلقا) أقول أى سواء كان في نوع خاص أو مطلقا

وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا

المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة اعادة جنس أفعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكرههنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل (قوله لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل قاصر عن

بالنسيئة (قوله وليس له أن يشتري سفينة للركوب) قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه (قوله في الرواية المشهورة) احترز به عما روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله انه لا يملك الاذن في التجارة (قوله أما عندهما) اي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله فالمضارب أولى) لان ولاية المضارب أعم لانه شريك في الربح أو بعرضة أن يصير شريكا (قوله الا ان المضارب لا يضمن) فيه اشارة الى أن الوكيل يضمن (قوله وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه) أي فلان المضارب يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك أي البيع بالنساء بعد الاقالة ولا يملك الاقالة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها وتقريره ان المضارب لما كان يملك الاقالة والبيع بالنساء بواسطة الاقالة أمكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الاقالة لم يمكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي أن لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضد ما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض ألا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن أبي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو أقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه مأذون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة (قوله ولو احتال بالثمن) أي قبل الحوالة بان باع المضارب واحتال بالثمن جاز سواء كان المحتال عليه أيسر في استيفاء الثمن أو أعسر (قوله وتوابعها) الايداع والابضاع (قوله ومن جملته) أي ومن جملة باب المضاربة (قوله وهو الاستدانة) وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا (قوله وما أشبه ذلك) أي من أنواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة

فان تصرفه تجاري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر

قال المصنف (وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول ايضاح آخر لقوله لان له الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له أن يشتري

يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب

افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضا في المدعى كما ترى (قوله فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيا من مال المضاربة فان منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض ألا ترى انه لو قال فان دفع ما أخذه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذ قال فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة أو شيا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال و باع فهي مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد أفصح عنه

بأكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما أشبه أيضا استئجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى برأس المال وكذا الاستدانة لقصارة الثياب ومما أشبه أيضا ان رأس المال لو كان ألف درهم فليس له ان يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة ولا ينفذ على المضاربة أما لو كان في يده دراهم وشرى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده والقول فيما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعلى تقدير قوله اعمل برأيك لا يحتاج الى هذا العذر فانه يملك الخلط (قوله فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال و باع فهو على المضاربة) لا يتفاوت الحكم بين أن يكون

ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال الخ) فان دفع الى رب المال شيا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا المال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء

(قوله اذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل فى مال غيره ورب المال لا يعمل فى مال غيره بل فى ماله أجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبى عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبى أو لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثانى لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبى قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضى المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيأ من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح فى الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان

فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء فى المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى ونفقة المرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب

صاحب الكافى حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فان

المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة أو كله (قوله والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا) فان قيل تفسير الابضاع أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وههنا ليس للمبضع مال فلم يصر بضاعة لعدم ركنه قلنا لا نسلم ان تفسيره ذلك بل تفسير الابضاع هو الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه أشفق الناس اليه تصرفا فلما صح استعانة المضارب بالاجنبى أولى ان تصح استعانته برب المال فان قيل الاجنبى يصلح معينا للمضارب لانه عامل فى مال غيره بامره ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح معينا ألا ترى ان من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا واستعان الاجير بالمستأجر فى الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول الى الاجير حتى لا يقضى له بالاجرة فعلى هذا ينبغى أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا فى المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفى الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وان لم يعمل بنفسه (قوله وهذا بخلاف الاجير)

رأس المال عرضا لم يعمل فيها فهذا أولى قال (واذا عمل المضارب فى المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر فى وجوب النفقة فى مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس فى السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة فى مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة فى المال الذى يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون فى ذمة المستأجر وذلك

فليس

يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو فى حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيأ للنفقة وهو مسافر فقدم وبقى معه شئ منه رد فى المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شئ من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقى وان لم يكن فنفقته فى مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثير ثمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن فى موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا فى حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات فى المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل فى ذلك فى غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقى) أقول فيه بحث (قوله ماشيا فى حوائجه) أقول أى بنفسه

قال (واذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب اذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند أبي حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا يخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شئ ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا المتعارف بين التجار قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال (واذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف

المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مترددا انتهى (قوله فان كان معه ألف

أي لا يستحق النفقة وان سافر (قوله فلو بقي شئ) أي من الثياب أو الطعام أو غيره (قوله لانتهاء الاستحقاق) أي بالرجوع الى مصره كالحاج عن الغير اذا بقي شئ من النفقة في يده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شئ كان للزوج أن يسترد ذلك منها (قوله وهو ما ذكرنا) أراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم (قوله ومن ذلك غسل ثيابه) وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل الثياب وأجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة كان ينبغي أن لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة مما لا بد للانسان منه في عموم الاوقات فيجب أن لا يكون واجبا كأجرة الحجام والفصاد الا أنا نقول أوجبناه في مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم ويقصون شواربهم وينقون ثيابهم لتزداد رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب كان في عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه فصار أجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحرض والصابون (قوله وأجرة أجير يخدمه) أي يخبز أو يطبخ أو يغسل الثياب (قوله أخذ رب المال من الربح ما أنفق) أي أخذ رب المال من الربح ما أنفق المضارب من رأس المال تتميما لرأس ماله (قوله حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه) كأجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتاع يضم الى رأس المال ويبيع مرابحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم واستأجر دواب تحمله الى مصره بمائة درهم فانه يبيعه مرابحة بالف ومائة ولكن لا يقول اشتريته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا

(قوله وسائر الالوان كالحمرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ
(قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على مامر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد مامر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشئ لانه ان أراد أن هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا الثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على مازعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مر كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا ولا يضمن وقال وبهذا اندفع ماقيل المضارب اما أن يكون ماذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ماقيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده أن الفعل المضارب ههنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير

(قوله وان صبغها أحمر) التخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمرة (قوله لانه ليس بعين مال قائم به) ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير اذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض وأما اذا كان الغاصب صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة مازاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه (قوله انتظامه الخلطة) يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللفظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضارب بتهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة مازاد الصبغ فيه بخلاف القصارة والحمل فانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانة على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله أعلم

*(فصل

(فصل آخر) هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة نذكرها فى فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذكره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ماشرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ماذكره فخر الاسلام رحمه الله فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهى خمسمائة فاذا اشترى جارية بالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقى على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لامحالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ماغرم لانه لايصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لايصلح ثم لو باع الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع مايضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال فى ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين

(فصل آخر) قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذى ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على مانبين فيكون عليه فى الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ماينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على ألفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما

ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كماذكره صاحب النهاية وفصله بما لامزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذى أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذى ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام فى نفسه اذ لا يرى وجه يقتضى أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لايمكن اجتماعهما فى فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا فى فعله هذا وغير ماذون ثم أقول الصواب عندى فى دفع ماقيل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل ماذونا أو غير ماذون الخ أن نختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برأيك ونمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب فى مال المضاربة وحده بل يعم التصرف فى مال المضاربة منفردا أو منضما الى غيره مماله جهة فى التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ماتقرر فى بيان النوع الثانى من الاصل المارذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

(فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

(فصل آخر) (قوله هذا الذى ذكره حاصل الجواب) أشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم فى الحال اذ الثمن فى الحال كله على المضارب لانه هو العاقد (قوله وبينهما منافاة) أى بين كون الشئ مضمونا وبين كونه أمانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانة وهذا لا يجوز ونظيره ما اذا استهلك المضارب رأس المال أو أنفقه أو أعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشترى عليه شيأ لانه صار مضمونا عليه بالتعدى ومن حكم المضارب أن يكون أمينا فان أخذ مثله من الذى استهلك كان له ان يشترى على المضاربة رواه الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله لانه أحد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا أقرضه فان رجعت اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدى وان أخذ مثلها لم ترجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لايجتمع مع الضمان ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ماينافى المضاربة لان رب المال موكل وقرار الضمان انما يكون على الموكل (قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف) فان المضارب يأخذ ألفا لان ربع العبد كان له فيكون له ربع الثمن وهو الالف فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منه رأس المال وهو ألفان وخمسمائة ويبقى خمسمائة ربح يقسم انه على ماشرطا (قوله فاشترى رب المال) أى من أجنبى

(فصل آخر)

(قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغاير المقاصد) لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستفد به ألفا لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والا كثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه بيع ماله بماله (قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لان رأس المال صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعنى به ما اذا ضاع الالفان فى المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهى المضاربة هنالك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهى بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم فى المسئلة المتقدمة وهى ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال فى يده أمانة) وقد هلك وقد بقى عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع

قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة فى يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى

مسائل المضاربة التى لا بد منها المضاربة أخرذ كرها

(قوله لتغاير المقاصد) اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع (قوله لانه اعتبر عدما) لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد ألفا لم يكن فى ملكه ومبنى المرابحة على الامانة والتحرز عن الخيانة فيكون البيع الثانى ملحقا بالعدم فى حقها فكأنه لم يوجد الا البيع الاول (قوله وقد مر فى البيوع) أى فى باب المرابحة (قوله ظهر الربح) بدليل انه يظهر فى حق العتق اذا كان قريبا له ولو أعتقه ينفذ أيضا (قوله بخلاف ما تقدم) ذكر فى الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هنالك ما يخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافى المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة فى شئ فلا يبقى على المضاربة (قوله يرجع مرة بعد أخرى) لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين فى العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض أمانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض

(قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أى عقد المضاربة

(بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة) واحدة (لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق رأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن يوجب الرجوع على المشترى وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية تحوج الى الفرق بينهما وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل

بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

(قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) يعني أن الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى اه (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هنالك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بالف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ

الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الا مرة لان قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان والامانة كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا جاز اتصافه بالضمان ففي هذه الصورة يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض أمانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله أعلم

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الالف المدفوع (قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث تجري بينهما مبادلة حكمية كما تقدم

وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(فصل في الاختلاف) أخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على مالدعى من فضل قبلت بينة رب المال على مادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة الربح أو شرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه

(فصل في الاختلاف) قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ماذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لانه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد

شئ من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ماذكر في الكتاب والثاني أنا لو لم نحمل ماقبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بالف أخرى ضاع ذلك أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة اهـ (أقول) في كل واحد من تلك الاوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفته آنفا وأما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى أيضا والعلة مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضا يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف ثم أقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ماوجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الامرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر فتامل

(فصل في الاختلاف) أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف

(فصل في الاختلاف) (قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض) أي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض احترز به عما لو وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضا أو وديعة أو بضاعة فالقول فيه قول رب المال (قوله ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح) أي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال صورته

من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته

فى الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الاول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا فى الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا والاقرب عندى أنه سماه مضاربا بالمشاكلة لما ذكر فى أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك وقول الشاعر

قالوا اقترح شيأ نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لى جبة وقميصا

(قوله لان المضارب يدعى عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك فى قول المصنف يدعى عليه التملك على تملك الربح حيث قال أى تملك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فامر تابع لتملك أصل المال فى هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من أن الاصل فى دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك فى الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هنالك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع فى الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففى نفس صحته أيضا اشكال يظهر

ما ذكر فى الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب فى رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى النصف فالقول قول المضارب فى قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وأيهما أقاما البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعى فضلا فى رأس المال والمضارب يدعى فضلا فى الربح والبينات شرعت للاثبات وفى الاوضح قال الامام رضى الدين رحمه الله رأيت فى بعض نسخ شروح الاصل ان البينة بينة المضارب اذ هى المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال فى كل قدر لا يقوم عليها الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال كون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب وفى عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هنالك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعى ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعى كذا فى الايضاح (قوله وقال الآخر) أى المضارب فالقول للمضارب فى دعوى العموم أى مع اليمين (قوله لان الاصل فيه العموم) يدل عليه أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح و يملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا

مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان أقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان فى العموم الخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما اذا أنكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهيا له عن العموم وله أنه ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم

والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الائمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اهـ كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه و يلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية و بان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس بمدع شيأ بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال و يمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال (أقول) يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ شيأ من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال بعدما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب و رب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية

بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة (قوله والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان) أي لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخر أي رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل (قوله لان آخر الشرطين ينقض الاول) هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه أذن له بالعموم أولا ثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص أو أذن له بالخصوص أولا ثم أذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا أو وقتا على السواء أو وقتت احداهما وقتا دون الاخرى يقضي ببينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري اذا أقاما البينة فان نص شهود المضارب أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال وصورة توقيت البينتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك ألفا مضاربة في بز في رمضان وأقام على ذلك

متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي و بان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه و يلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بان ماذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

(كتاب الوديعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر فى أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقى من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفى العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفى الهبة تمليك العين بلا عوض وفى الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهى عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان فى الكل الترقى من الادنى الى الاعلى كذا فى الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى فى الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفى المثل الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أى عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب أماتوا مصدر يدع والنبى صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شئ يترك عند الامين كذا فى المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة فى اللغة بمعنى الترك وانما الذى بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذى هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة فى الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة فى الشريعة أيضا هى المال المودع الذى يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وان التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافى والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أى شئ كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال اه حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر فى الكافى والكفاية أيضا شئ لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثانى بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أى دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال فى اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال فى بيان معناه بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيأ أو دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافى والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أى شئ كان مالا أو غير مال قالا أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شئ يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما

بينة وقال المضارب دفعت الى ألفا فى شوال فى طعام وأقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعى كانت بينة المضارب أولى لان الثانى ناسخ الاول والله أعلم بالصواب

(كتاب الوديعة)

الودع الترك وسميت الوديعة بها لانها شئ يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هى المستحفظ قصدا والامانة هى الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح فى ثوب انسان

(كتاب الوديعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر فى أول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقى من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة لا تمليك بشئ وفى العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفى الهبة تمليك العين بلا عوض وفى الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهى أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله فى اعانة عباد الله تعالى واستجلابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا ومشروعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين وفى الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدى رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب

الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع وأجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شئ جاز لها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظها بهم ضمن وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل ولانه العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع الى أمين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شئ واحد فلا

وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أنه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة والايداع لغة تسليط الغير على حفظه أي شئ كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وأداء الامانة لا يكون الا بعدها والسنة فالنبي عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الامة فالصحابة ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه (قوله غير المغل) المغل الخائن والاغلال الخيانة (قوله وبمن في عياله) من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو أودعت المرأة

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول مخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جاز حمل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لايجد بدا من الدفع الى عياله لانه لايمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به

يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب فالقته فى بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اهـ كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين اهـ (أقول) قد كان لاح لى ماذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة فى يد المودع اذا التسليط على الحفظ أمر معنوى لا يمكن أن يكون فى يد المودع ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازى فلا ينافى هذا أن تكون الوديعة فى الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين فى هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال فى النهاية والكفاية فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هو الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد وقال فى غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقى ههنا شئ وهو ان ماذكره الشراح ههنا من ان الامانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد فى الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به فى أواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا فى دار انسان وأما مجرد ماذكره المصنف هنالك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضى المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هنالك حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هنالك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردرى كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده أى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله فى جميع الصور التى لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا اهـ (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة فى الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم تضمن لكون الثانى مستدركا وورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعرى أى علم هذا من أقسام الاعلام اهـ كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الاجناس كأسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من أعلام الاجناس التى ذكروها فى كتب النحو وبينوا دخولها فى تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فمن أتقن مباحث ذلك فى محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شئ وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر

وديعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها لما كان مساكنها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن فى نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة فاما الاجير بعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفى الفتاوى

فى عياله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به فى ماله كان فى الوديعة كذلك (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك وهو أنه أى المودع (لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود

يكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضى عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتى فى الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى أن يترك فكان المالك راضيا به و يقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضى سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة) أقول فيه أيضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من فى عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله فى نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى حيث قال لان الايدى

الصغرى تفسير من فى عياله أن يساكن معه سواء كان فى نفقته أو لا والعبرة فى هذا الباب للمساكنة الا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى أن الزوج اذا كان فى محلة والزوجة فى محلة أخرى ولا ينفق عليها زوجها ودفع الوديعة اليها لا ضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن فى عياله فدفع اليه لا يضمن ولكن يشترط أن يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن فى عياله بمنزلة الابن الصغير فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن وقال ابن أبى ليلى لا يضمن لانه ملك الحفظ من جهة المالك فكان له أن يملك غيره كالمستعير يعير قال العلامة حميد الدين رحمه الله معنى قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان بأجر ومعنى قوله أودعها اذا كان بغير أجر وقيل معنى قوله فان حفظها بغيرهم بأن استحفظ المودع الوديعة فى بيته بغيره بان ترك الوديعة والغير فى بيته وخرج هو بنفسه أو أودعها غيرهم بان نقل الوديعة من بيته ودفعها الى أجنبى وديعة (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) ولا يلزم المستعير حيث له أن يعير والمأذون له أن يأذن والمكاتب له أن يكاتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق فلك أن يملك غيره بخلاف المودع فانه مأمور بالحفظ والمأمور بالشئ لا يملك أن يفوض ما أمر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره وان كان الناس لا يتفاوتون فيه (قوله الا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر شمس الائمة الحلوانى رحمه الله اذا وقع فى بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى أجنبى فان أمكنه أن يناولها بعض من فى عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفى المنتقى اذا علم أنه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا يقبل الا ببينة (قوله شركه ان شاء) ولو هلك قبل التمييز هلك من مالها (قوله

فان حفظها بغيرهم) بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بان نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره و) الحال أن (الايدى تختلف فى الامانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغى أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب فى مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك (والوضع فى حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا اذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله الا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك و ينتفى الضمان لكنه متهم فى دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال فى المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعنى بلا بينة قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدى هو الذى يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه والحنطة

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل

وقدجبسه فصارضامنا والخالط الثاني لم يتعدفيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ماهو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولابي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهي من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لئلا ينقلب المعلول علة (ولو أبرأ المالك) الخالط (سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد أسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين اصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط و) ان خلط المائع بغير الجنس كـ(خلط الخل) بالخاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذهبهما كمذهب أبي حنيفة ف(يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وان خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير و يضمن لصاحب القليل (اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) اذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صار اشريكين لانه لم يصنع شيأ يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه

والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعن أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه

تختلف في الامانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة

وأمكنه معنى بالقسمة) اذ القسمة فيما يكال أو يوزن افراز وتعيين بالاجماع ولهذا ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضا وقضاء واذا كان استهلاكا من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب القيام وشاركه في المخلوط (قوله وله أنه استهلاك من كل وجه) لانه ليس الاستهلاك من العباد الا هذا وهو التعييب وهو اما انعدام المحل فيتخلق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك (قوله ولا معتبر بالقسمة) جواب عن قولهما وأمكنه معنى بالقسمة لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكما فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة (قوله ولو أبرأ الخالط الخ) بيان ثمرة الخلاف (قوله ومن هذا القبيل) أي من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة وتعذر التمييز حكما أيضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعة وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس أن يصير المخلوط ملكا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير (قوله على ما مر في الرضاع) وهو قوله واذا اختلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما

قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة (قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ

بالباقى ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقى منها لبقاء الحفظ فيه و بما أنفق لم يتعيب الباقى فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان أخذ ولم ينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان أخذه لم يناف الحفظ و بمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان ولم يفعل قال (واذا تعدى المودع فى الوديعة الخ) واذا تعدى المودع فى الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعى رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تنافى الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافى الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهى تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض (٥٦ ب) بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود وأجيب بانا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشئ انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا تنافيه ألا ترى أن الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رد القول مثله ألا ترى أن الجحود فى أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها (قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ فى بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم عاد الى الحفظ فى الباقى فانه ترك الحفظ فى بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم فى الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم فى الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ فى المدة والمنفعة تحدث شيأ فشيأ فبترك الحفظ فى بعض المدة يبطل العقد فى ذلك القدر و يكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا فى الحفظ بغير بدل وقوله (فحصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر

بالباقى ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم قال (واذا تعدى المودع فى الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعى لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع

نفسها من موجبات نفس الشركة اهـ (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا اذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين فى شئ قسمة ذلك الشئ بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدا فانما الذى من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان

لان الجنس لا يغلب الجنس (قوله ضمن الجميع) أى بعضه بالانفاق و بعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما أنفق صار دينا فى ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقى بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا فى الخلط وعند مالك والشافعى رحمهما الله اذا أنفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فتجب الغرامة (قوله ولنا أن الامر باق لاطلاقه) وهذا لانه قال احفظ مالى وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشئ بما وضع لابطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع ولا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدى الى نائب المالك أعنى نفسه وقول الشافعى رحمه الله لان عقد الوديعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثر ارتفاع العقد فى فيضمنها

(قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده) أقول قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن يقال وهو الخيانة

وقوله (ولو جحدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لزفر) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر و يعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (والمودع أن يسافر بالوديعة الخ) والمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها حمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الآمر أمره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزمه

فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (والمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ

المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله والمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اهـ (أقول) هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق

قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان (قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق) لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله أما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا كالعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد حتى لو أنكر أمر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما أو صلاة لا يكفر (قوله ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها) عند أبي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة (قوله خلافا لزفر رحمه الله) انما قيد باختلافهما فحسب مع أن عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحمهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لا في غيره (قوله أو طلبه) يعني اذا طلب المودع الوديعة فكأنه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب هنا ولا ينفرد هو بالعزل (قوله وان كان لها حمل ومؤنة) الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر

(قوله قيل لان هذا الخ) أقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولايتهما على مال الصبي نظارية) أقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير

المتعارف وهو الحفظ فى الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه فى ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم ومن يكون فى المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد (واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقييد مفيد اذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه) وفى الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف فى المكيل

آمنا فى المسافرة بالوديعة تفسد معنى المقام أيضا لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمنا فى قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر ولما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله فى التفصيل واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان أراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله فى التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر فى الكتاب على ان ما ذكر فى الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر فى واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذى ذكره صاحب العناية فى صورة اذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك التفصيل فى صورة ان كان الطريق مخوفا أو ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب فى هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا أما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له بد من السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها فى أهله كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرير صاحبى الكافى ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ فى المصر فسافر ان كان سفرا له منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفى الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك) قال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك أن الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا الموزون الذى هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال فى معراج الدراية قال أبو جعفر فى الكشف فى هذه الرواية من الفائدة ما ليس فى رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضى لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضى لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة فلما قال فى الجامع ليس له أن يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب

أو أجرة حمال وبيانه فى لفظ الاصل ماله مؤنة فى الحمل كذا فى المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده أحد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها (قوله وصار كالاستحفاظ باجر) بان استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن (قوله والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم) جواب عن قول الشافعى رحمه الله (قوله لانه عقد معاوضة) لانه بالاجارة اشترى منافعه فالحفظ انما يقع بمنافع

المالك مؤنة الرد والظاهر أنه فى التجارات والشافعى يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فانه أمره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم فى المصر) جواب عن قول الشافعى يعنى ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع فى المصر (لا حفظهم فان من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد واذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها فى غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقى وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقى ان هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم ومالا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا
كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحامى فى المسئلة مشهورة لهما

والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له أن ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابى حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه تسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

الوديعة فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا و يجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذه فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء اه (أقول) فى الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة فى رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبى حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ فى هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب فى تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس مافى الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبى يوسف ومحمد فى هذه المسئلة دون قول أبى حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لان الديون تقضى بامثالها) فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل يكون المديون متصرفا فى مال نفسه فيجوز كذا فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اه (أقول) هذا النظر فى غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف فى ماله بالدفع الى من له يجب عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى

المالك فيلزمه المقام مع المالك ليمكنه التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع فى المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلة فتضمن وهنا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا يحجر به هذا اذا لم يعين صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه بل أطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك عليه الحفظ فى المصر فسافر فان كان سفر له منه بد ضمن وان كان سفر الا بد له منه فان أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن (قوله وهو المراد بالمذكور فى المختصر) وهو قوله واذا أودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر هذا احترازا عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء وفى المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحامى هميانا فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطئا على ذلك فتحير الحامى فقيل له فصل هذا الامر عند أبى حنيفة رحمه الله فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته الى صاحبك ولكن قل لا أدفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحامى كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله ولهذا كان له أن ياخذ) أى المودع الحاضر اذا ظفر به وهذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان فى يد المودع له أن ياخذ فكذا اذا كان فى يد نائبه (قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع) فانهما قالا لو أخذ نصيبه ثم هلك الباقى فى يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه فى المقبوض فثبت ان القسمة ليست بنافذة (قوله لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (قوله

أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ومن طالب ماسلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وان كان فى يد المودع بالاتفاق ولابى حنيفة لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل فى ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أى حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل المديون يتصرف فى مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أى بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعنى المذكور فى الجامع الصغير (قوله أى حق المديون) أقول يعنى ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لان الديون تقضى بامثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما في بعض الاحوال

دائنه فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق أن الضمير في حقه للشريك لا المديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا سترة به وأما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة اه وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا وهو لا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الامامين له أن يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في العناية وغيرها (أقول) ههنا اشكال وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده

وعليه ألف لغيره الى آخره) صورته اذا كان لرجل ألف درهم وديعة عند انسان وللآخر على الرجل المودع ألف فلصاحب الدين وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع أن يدفع الالف الى غريمه (قوله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء) أي اذا رهن شيأ مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر (قوله لان الفعل) أي فعل الاستحفاظ

انما يقع بالمقاصة وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه قوله (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما الكل

قال

(واذاقال صاحب الوديعة للمودع لاتسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لايضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بدّ علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بدّ له منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيأ يحفظ على أيدى النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ فى الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ فى بيت من دار فحفظ فى غيره وليس فى الذى نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ فى دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثانى غير مقدور العمل به قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثانى عند أبى حنيفة ويخير رب المال فى تضمين أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثانى والثانى قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابى حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثانى من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثانى فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين

قال (واذاقال صاحب الوديعة للمودع لاتسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لايضمن وفى الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بدّ له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيأ يحفظ فى يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بدّ ضمن) لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين فى دار واحدة لا يتفاوتان فى الحرز (وان حفظها فى دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان فى الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثانى وهذا عند أبى حنيفة وقالا له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثانى بالقبض فيخير بينهما غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع

بجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبى حنيفة لما احتيج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه الى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الاخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتمشى على ما ذكر فى مختصر القدورى وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب

(قوله وهو محمل الاول) أى فى رواية الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بدّ له منه لم يضمن محمل رواية القدورى التى ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بدّ بان كانت الوديعة شيأ خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وذكر فى المغنى واذا دفع الرجل الى غيره وديعة وقال له لاتدفعها الى امرأتك فانى اتهمها أو قال الى ابنك أو قال الى عبدك وما أشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن * المودع اذا وضع الوديعة فى حانوته فقال له صاحبها لاتضع فى الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا ان لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر أحرز من الحانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل (قوله فحفظها فى بيت آخر من الدار لم يضمن) وهذا استحسان وفى القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان فى الحرز بان يكون ظهر أحدهما الى السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن (قوله لا يتفاوتان فى الحرز) كما اذا قال له احفظها فى هذا الجانب من

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فاودعها آخر الخ) أقول فى أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحريق فى بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا فى القياس انتهى لان المودع أمره بان يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى أجنبى ثم قال فى المبسوط وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير فى هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة فى كتاب الهداية فى أوائل الوديعة

ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثانى فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال فى أيدى الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا اه (أقول) ليس هذا بشئ لان ما ذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له فى الحال أودعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع أحدهما الالف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما انما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى

البيت فحفظها فى الجانب الآخر أو قال احفظها فى هذا الصندوق فحفظها فى صندوق آخر (قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوبا غيره) فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثانى كان من ضرورته ان يضمن الثانى قلنا رب المال لو قال أذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثانى وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثانى مودعا منفردا فى حق نفسه لانه لما لم يصر بنفس الايداع خيانة بل صار داخلا فى ولايته حال حضرته حصلت الوديعة فى يد الثانى أمانة فلا يضمن بالامساك (قوله صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله (قوله وان نكل أعنى للثانى) أى بعد ما حلف للاول (قوله ولا يقضى

اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره (واذا كان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أعنى الثانى أى بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للاول لان الثانى ربما يقول انما نكلت لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الا أن يراد باعتبار المآل والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى عينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

(قوله فينكشف وجه القضاء) بان يقضى بالالف للاول أو للثانى أو لهما جميعا لانه لو حلف الثانى فلا شئ له والالف كله للاول (ولو نكل الثانى أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) أى لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببدله) عند أبى حنيفة (وباقراره) عندهما (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف الثانى واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لان القاضى قدمه اما باختياره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى) ولم يذكر أنه اذا حلف الثانى ماذا حكمه وقال أخوه فى شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (لكونه اقرارا) أى لكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ماهذا العبد لى) يعنى لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للقاضى لانه لا يمكن دفعه الى الثانى بعد ذلك وقوله (بناء) أى قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابى يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أخطأت بل هى لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وأنه صار مستهلكا على الثانى لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك فى قول محمد خلافا لابى يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على أحد شيأ وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضى على القضاء بها للاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثانى والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا والمسئلة تفريعات ذكرت فى المطولات والله

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف الثانى فينكشف وجه القضاء ولو نكل الثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ماذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما اذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف الثانى واذا نكل يقضى بها بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة فى العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف الثانى ماهذا العبد لى لان نكوله لا يفيد بعد ماصار للاول وهل يحلفه بالله مالهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض

التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على مامر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه انما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيأ واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد كما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف الثانى فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية فى

بالنكول) لان من حجة الآخر أن يقول لو بدأت لى بالاستحلاف لكان ينكل أيضا (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء) ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شئ (قوله فينكشف وجه القضاء) بانه يقضى بالالف لهما أو لاحدهما لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء (قوله لانه) أى لان المودع المنكر ببذله أى عند أبى حنيفة رحمه الله أو باقراره أى عندهما (قوله وذلك حجة فى حقه) أى فى حق المودع المنكر (قوله بناء على ان المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله) اذا أقر بالوديعة لزيد ثم قال لا بل أودعنيه فلان آخر قضى للاول لان الثانى رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رحمه الله لانه مقر بلزوم الحفظ للثانى ثم عرضه للتلف باقراره وعند أبى يوسف رحمه الله لا يضمن لان القبض كان باذن والدفع باكراه القاضى ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثانى بعد ما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمقر له الثانى عند محمد رحمه الله ينبغى أن يحلفه للثانى وان استحقه

(قوله يقضى بالالف للاول أو للثانى) أقول فى قوله أو للثانى بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيلغو ذكر العبد قال المصنف (قال ينبغى أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل فى قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله

سبحانه وتعالى أعلم (كتاب العارية)* قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج

الاطناب والله أعلم

(كتاب العارية)

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان (وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك

بيان وجه القضاء بان يقضى بالالف للاول أو للثاني أو لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما انتهى (أقول) لا صحة لقوله أو للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف لهما أو لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم أو لاحدهما يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

(كتاب العارية)

قدمر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية اه وقال المطرزي في المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ اه وفي بعض الشروح ماذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن

الاول في مسئلة الكتاب عند محمد رحمه الله لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار والاقرار للثاني مفيد الضمان له وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فائدة للتحليف والله أعلم

(كتاب العارية)

في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين ولا تعود النوبة اليه في ملك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها (قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة) أي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي أي يبطل الاعارة بالنهي ولو كانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيأ بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض كالموهوب له (قوله فان العارية من العرية وهي العطية) هذا يخالف ماذكر في المغرب الا أن يريد به المشاركة في أكثر الحروف

قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء (هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول وأما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية) وهي انما تكون تمليكا (ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع والمنافع

(كتاب العارية) قال المصنف (وهي تمليك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتذكير

أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان) و بنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض و بغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون فى التصديقات والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان و يمكن أن يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظى أو رسمى فان كان الاول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخى انها تنعقد بلفظ الاباحة و وجهه أن

والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض و بغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما فى الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهى تمليك

للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التى هى العطية و يقول بل هى من العار كما ذكر فى الصحاح أو من العارة كما ذكر فى المغرب أو من التعاور كما ذكر فى المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هناك مستعار المعنى الاباحة بعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم فى الجواب عن انعقادها بلفظة الاباحة ان لفظة الاباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتى فى الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول انه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون فى التصديقات والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجه بحثه ساقط أما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذى هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمنى الذى يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التى يجرى فيها الاستدلال وقد صرحوا فى موضعه بان الاعتراضات الموردة فى التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التى هى من التصورات ولا ريب ان أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثانى فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا فى عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس فى الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوعى التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى أن قبول الاعيان لنوعى التمليك حكم شرعى ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا اذ لا يشترط فى صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل فى جميع الجهات بل يكفى اشتراكهما فى علة الحكم على ما عرف فى أصول الفقه وان أراد أنها ليست نظيرها فى علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذى هو القبول لنوعى التمليك فيما نحن فيه انما هى دفع الحاجة وهما أى الاعيان والمنافع مشتركان فى هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال و يمكن أن يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظى أو رسمى فان كان الاول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية اه (أقول) وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر فى محله أن مآل التعريف اللفظى الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ

ولهذا تنعقد بلفظة التمليك فان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت اعارة (قوله ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك الى آخره) جواب عن قول الكرخى (قوله والجامع دفع الحاجة) فان قلت الحاجة تندفع

الخبر وهنا هى (قوله و يمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظى أو رسمى فان كان الاول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا)

أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظى يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصورا (قوله ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها اعقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

والجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهى منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على مانذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لانه صريح فيه (وأطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه

بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقى اذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثانى انه قد تقرر فى موضعه أيضا أن التعريف الرسمى الذى بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك أن اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضميرعنها فى قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع الى وجه بحثه مع أن ماذكره فى الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى اهـ (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ماذكر فى الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعا فلا يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانيا فلان قول المصنف هى تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافى ظاهرا كون المذكور فى الكتاب حكم العارية اذ حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا وأما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافى ماذكره فى أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف فى تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هى تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخى يقول هى اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعى اهـ فان توجيهه هذا يقتضى أن يكون الاختلاف المذكور فى حكمها لا فى تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا اهـ (أقول) سلامته من الثانى أيضا ظاهر اذ على تقدير أن يكون ماذكر فى الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخى ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هى المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا فى الشروح قال صاحب الكافى فى تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان للمعير أن يفسخ العقد فى كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على أن العارية هى الاباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى فى العبارة أن يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هى التمليك لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة الخ تامل (قوله وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) قال

بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير أيضا (قوله وعند ذلك) أى عند الانتفاع بالعارية (قوله والنهى منع عن التحصيل) أى رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح (قوله لدفع زيادة الضرر) أى لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار لان الاجارة ماوضعت فى الشرع الا لازمة وفى ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر به المعير (قوله وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) أى بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لاسم المحل على الحال

التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هى المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك فى العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهى منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهى فيه ووجهه أن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس فى العارية تمليك بل من حيث انه بالنهى يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التى لم يملكها بعد ولو ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أى وقت شاء كما فى الهبة وقوله (ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجىء هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدنى بالطبع وهى عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التى تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه أى حقيقة فى عقد العارية وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل أى مجاز فيه وفى عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل (ومنحتك

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث

(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (وأخدمتك هـذا العبد) لانه اذن له فى استخدامه (ودارى لك سكنى) لان معناه سكناها لك (ودارى لك عمرى سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام

صاحب العناية فى تفسير قوله صريح فيه أى حقيقة فى عقد العارية وفى تفسير قوله مستعمل فيه أى مجاز فيه ثم قال وفى عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تحسم مادة الاشكال انتهى (أقول) هـذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافى كان ينبغى أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيآن أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثانى دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب

(قوله لانهما لتمليك العين) لان معنى قوله منحتك أعطيتك والمنحة والمنيحة الشاة أو الناقة الممنوحة من المنح وهو أن يعطى الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر استعماله حتى قيل فى كل ما أعطى منح و يقال حمل الامير فلانا و يراد به التمليك وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى البداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هـذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مشكل من وجوه أحدها أنه قال اذا لم يرد به الهبـة وكان ينبغى أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل و يمكن أن يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك وثانيها أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجاز التمليك المنفعة ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عـدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة وفى المستصفى شرح النافع قلنا جاز أن يكونا لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا والى هذا مال صاحب الهداية فى كتاب العارية فيكون التقدير اذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية و يحتمل أن يكونا لتمليـك المنفعة حقيقة ولتمليك العين مجازا واليه أشار فخر الاسلام رحمه الله فى مبسوطه وصاحب الهـداية فى كتاب الهبة ويكون قوله اذا لم يرد به الهبة للتأكيـد و يحتمل أن يكون المعنيان حقيقيين لهما

أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن

أحـدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى الناقة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيأ منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لانها لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبـد لانه اذن له فى الاستخدام وهى العارية وداري سكنى لان معناه سكناها لك وهى العارية وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعـد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيـه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الرد ولان (٤٦٨) المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها أو استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احترازا عن الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضى المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع ولنا

والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها لم يظهر فيـه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا

المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهـذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهـذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعـنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض عـلى سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غـيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اهـ كلامه (أقول) حـمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا عـلى الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى أثره الشارح العيـنى وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندى أنه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعـنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندى لوجهين أحدهما أن الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض عـلى سوم الشراء عطف عـلى قوله كان واجب الرد فيقتضى كون المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هـذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضرورى فى المقبوض على سوم الشراء وأما عـلى تقدير أن يكون اشارة الى ما ذكرته فيصير المعـنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض عـلى سوم الشراء ولا شـك أن الامر كذلك فى المقبوض على سوم الشراء وثانيهما أن حـديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمـدة فى الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غـيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى أن ما هو العمدة فى الاسـتدلال

وانما رجح أحدهما لانه أدنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به (قوله المنحة مردودة) المنحة نوع من العارية وهى أن يعطى الرجل شاة أو ناقة أو بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة أو غيرها الى المالك وقـوله مردودة أى مستحقة الرد والمستحق بجهة كالمصروف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة (قوله والعارية أمانة ان هلكت من غـير تعد لم يضمن) سواء هلكت من استعماله أو لا من استعماله وهو قول

(قوله فلا فرق اذا بين العبارتين) أقول أى أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثانى بقوله مستعمل أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تحسم مادة الاشكال (قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

أحق بان يفرع عليه قوله وعلى هذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده أن صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني أن الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلأن اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه اھ كلامه (أقول) لا يذهب عليك أن احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا ضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلكت في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها الليل والنهار فانه لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى

عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وأبي هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال له أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران وما يهلك من الرسل فهلكت في أيديهم فضمانها على رسلي وقال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية لان المستعير يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعير فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا تكون مضمونة عليه كالمستأجر وتأثيره ان وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت ألا ترى أن القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى أما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة أي ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الخبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد وقوله

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني أن الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن)

(قوله فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول لم يتعرض للاباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه (قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا أن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ماعرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يؤاجر مااستعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ماهو فوقه والثاني أنا لو صححناه فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم المستاجر

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرا مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ماعرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يؤاجر مااستعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ماهو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن

هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ماعرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤل الى ماذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان

مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني أن المراد بالعلم الاول علم الفقه وحديث صفوان قد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه أغصبا يا محمد الا أنه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد به ضمان العين وقيل كان هذا من رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ماذكره في المنتقى ولكن صفوان يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام ومايعار رسلي فهلكت على أيديهم أي استهلكوها لانه يقال هلك في يده اذا كان بغير صنعه وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين (قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته (قوله ولانا لو صححناه لا يقع

المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال (وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة

في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اه ثم أقول لا حاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على أن يكون الاخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على أن تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذ لا يقتضي أن يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتآخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره في النظائر الامام التمرتاشي (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت اه الا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فالم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة اه وأما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار الاراضي للزراعة حتى يسمى

الا لازما) فان قيل كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة لانه مالك المنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك (قوله بخلاف ما اذا علم) يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور (قوله وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل)

وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا أي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا أنها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة

والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه

ما نزرع فيها الان ما نزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هنالك لكنه ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه أن للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه وأما اذا صدرت

كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة (قوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) هذا جواب لسؤال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالملك (قوله دفعا لمزيد الضرر عن المعير) يعني يحتمل أن يكون فعل الثاني أضر وهو لم يرض بذلك (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) أي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على أربعة أوجه وهذه القسمة على هذه الاوجه الاربعة ضرورية لان الشيئين وهما الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقت والانتفاع فكانت أربعة لا محالة

(قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالملك أجاب بقوله (وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا) أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير (اذا صدرت الاعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني أن تكون مقيدة فيهما والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس) فللمستعير في الاول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه

ما

ماسماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ماسماه فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب

الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا أى سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال فى آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا اھ فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الاشارة الى ماقاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ماذكر فى الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغى له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذى ذكرناه فقال فى شرح قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ماشاء اذا أطلقت العارية اھ (أقول) هذا الذى ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر فى موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع فى الكلام الذى بسطه بان يقول والاعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ولقد أحسن صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعير وذكر خلاف الشافعى و بين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة فى حق المنتفع بان أعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل وفى هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لا يتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كما فى الحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام فى اعارة المستعير وأما الكلام فى انتفاعه فى المستعار فهو على أربعة أوجه فذكر ماذكره المصنف من الوجوه الاربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من

لانه اما أن تكون العارية مطلقة فى الوقت والانتفاع أو مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة أو مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع أو على العكس (قوله والحنطة مثل الحنطة) أى فى حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره فى الضرر سواء والخلاف الى الخير نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير أخف وزنا من كيل الحنطة لانها أصلب من الشعير (قوله وله أن يركب و يركب غيره) معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء أركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره (قوله لانه لما أطلق) يعنى لما لم يعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وأيهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك (قوله حتى لو فعله ضمن) لانه تعين الاركاب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله وأما على

ماسماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفى الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ماسماه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره و بالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى) وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب وهو

قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة وأما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلد. قال (واذا استعار أرضا ليبنى فيها أو ليغرس فيها جاز

حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا ترى أن الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذكروا فى وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ماذكروا فى وجه هذا الاستحسان ههنا جار هنالك أيضا بعينه فينبغى أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية فى عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا فى صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف فى عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها فى عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها أصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة فى الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة فى مسئلتنا هذه مجازا أو كناية عن معنى الاقراض ولكن كلامنا فى صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها

قول غيره فله أن يركبه بعد الاركاب وذكر فى الذخيرة فى هذا الموضع ولكن انما يعير لغيره اذا لم يركب بنفسه أو لم يلبس بنفسه أما اذا ركب أو لبس بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعير ولو أعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام على البزدوى وقال بعضهم له ان يعير واذا أعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله وكذلك فى الابتداء لو أركب غيره أو ألبس غيره ثم أراد أن يركب أو يلبس بنفسه ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشايخ العراق وهو اختيار الفقيه أبى الليث والامام أبى بكر محمد بن فضيل رحمهما الله انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع دونها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا فى ملك نفسه قصدا وانما يتحقق التصرف فى ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة ليتمكن المستعير الثانى من استيفاء المنفعة المملوكة أما الايداع فتصرف فى ملك الغير وهو العين قصدا فلا يملكه كذا فى الاوضح (قوله والقرض أدناهما) لكونه متيقنا به أو لان القرض أدناهما ضررا لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا (قوله بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا) الصواب ليعاير قال فى المغرب وقوله استعار دراهم ليعير بها صنجاته أى ليسوى ثم قال الصواب ليعاير يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها وذلك بان تكون الدراهم موزونة بصنجة عدل ولا توجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها (قوله أو يزين بها دكانا) بان استعار دراهم كثيرة توضع على

اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وشيخ الاسلام قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ) اذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمى هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناهما لكونه متيقنا به قيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية

ليتجمل بها أو سيفا يحلى به قلاده يقال عايرت المكاييل أو الموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذى يقاس به غيره و يسوى واذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما بينا يعنى به قوله وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان المعير اما ان وقت العارية أولم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن فى هذه الارض بنفسك على ان أتركها فى يدك الى مدة كذا فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لابد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة

المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعنى اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعنى المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدورى ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر أما اذا لحق فالخيار فى الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر و يجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعير انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع وأما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك فى يده بطريق الاجارة بأجر المثل وقت أولم يوقت لان الزرع له نهاية معلومة وفى الترك

وللمعير أن يرجع فيها و يكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف

واعتباره ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من أنه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها و يمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم فى الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذى ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضى انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا

الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه (قوله ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه) لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن أبى ليلى البناء للمعير و يضمن قيمته لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع بهذا كالثوب اذا صبغ بصبغ غيره وأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه كذا هذا قلنا صاحب الارض ما رضى به فلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول فى باب المضارب يضارب (قوله واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى) أقول فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشى الشهير بيعقوب باشا فأقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله و يجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القدورى و يكلفه قلع البناء والغرس فراجعه قال المصنف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرس مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى الموقتة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفى الاعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أولا

الوعد (وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين

يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول) لايظهر وجه صحته لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس مايضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى مافيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لاغير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير مانقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله مانقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة تذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير وكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصة فاورد على ماذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن القالع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لايخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة

ضرورة هنا لامكان تمييز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لايمكن ومع هذا لايلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله أن يأبى التزام القيمة أيضا حتى يباع الثوب فكذا هنا لايلزمه بدون رضاه (قوله وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين فيرجع بثمانية دنانير فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع ألا ترى انه لو استحق الموهوب بعد هلاكه ضمن الموهوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعير مع ذلك لابد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبله فصار تقدير كلامه كأنه قال ابن في هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره (قوله وفي الترك مراعاة الحقين) لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا كيلا تفوت

مراعاة الحقين فانه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجانا ولا زرع الآخر

لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا

فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ماأورده ذلك البعض من العلماء على ماذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر فى عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب سخيف كوفى لا ينبغى أن يصار اليه فى توجيه كلام الثقات على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمرى ان من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر فى توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغى له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت فى الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغى أن لا تؤخذ الارض منه ههنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له فى نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير فى تمام ذلك الوقت اما بعمد منه لخيانة نفسه أو بمانع عنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له فى نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا وأما ماقاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء فى البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة فى نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ومما يؤيد هذا ماذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هى سالمة للمستأجر أيضا وهى الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار

منفعة أرضه مجانا ولا يفوت زرع الارض ليعتدل النظر من الجانبين كما فى الاجارة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الارض بالاجر مراعاة للجانبين كذا ههنا (قوله لانه ليس له نهاية معلومة) فيكون ضررا فى الجانبين فيرجح صاحب الاصل (قوله لان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) لانه يتوصل به الى ملك الاجر أكثر مافيه لان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك العين وملك

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب أجره والرد فى العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفى الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تامل فيه

فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لارد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع أجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وله

للضرر عنه فتكون مؤنته عليه (واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما أودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك أعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في اعارة الدار

منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لارد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى

المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين (قوله ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط) فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاحسان (قوله ودلت المسئلة الخ) لانه لما وضعها في يد أجنبي للرد يكون وديعة فعلم أنه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن (قوله وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء

(قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغنم (قوله وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول وفيه بحث فان هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان اذ ذاك مودعا) أقول بل يكون اذ ذاك متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الاجنبي ذكره الزيلعي فراجعه ثم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسي واختيار قاضيخان رحمه الله

وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد لانه اتخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

(كتاب الهبة)

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت

عياله لما أودعها اه كلامه (أقول) هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره أحد سواه ههنا بل انما ذكروه في محله فيما سيأتي كما ترى

(كتاب الهبة)

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لاتحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك أنت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء ومعناها ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لايراده مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لاشئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بانه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقي في التعريف المزبور شئ وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا قيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالايجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي تصح بالايجاب

المدة) يعني أن المشايخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع أولوا هذه المسئلة وهي قوله وان ردها مع أجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع أن يودع غيره فاذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله أعلم بالصواب

(كتاب الهبة)

(كتاب الهبة)

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى هذا انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع

(كتاب الهبة)

(قوله قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا بملك قال المصنف (وتصح بالايجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالايجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب

الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

وحده فى حق الواهب و بالايجاب والقبول فى حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان فى قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر فى يمينه بخلاف البيع اه كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزاه الى الحصر والمختلف و بنى صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال فى شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العينى أيضا اقتفى أثر هؤلاء و بالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذى ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هنالك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره فى هذا المقام لان قوله أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح فى ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود و يشهد بهذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منهما ينافى القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشئ لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافى وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له فى كل عقد هو الايجاب لا القبول مع أنه لا يحنث فى صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم فى هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم

هى التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وتمليك العين بلا عوض شريعة وأهلها أهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما

(وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح

ولنا

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق (ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شئ لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بانه مغالطة فان مالا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب مايتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه مايتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الالحاق (قوله وحق الوارث متاخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب

يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفي قول مالم يقبل ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بانه مغالطة فان مالا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا

يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها أن يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية فان رد عين الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان (قوله لان الجواز بدونه ثابت) أي بالاجماع (قوله وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم) لانه لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال انه لما وهب فقد التزم التسليم فيلزمه التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النفل لانا نقول حق المالك في العين ملك مال وملك يد فان ملك اليد مقصود يضمن بالغصب كما يضمن الاصل ألا ترى أن المدبر يضمن بالغصب وما أزال بالغصب الا يده وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعقد الكتابة وليس فيها الا ازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام أحدهما التزام الآخر بخلاف الشروع في النفل فان المؤدى صار واجب الصيانة وذلك بالاتمام فوجب (قوله بخلاف الوصية) وجه الايراد أن هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وهي الوصية بل أولى اذ الوصية هبة معلقة بالموت وهذه مرسلة وهي أقوى والجواب عنه أن الوصية تمليك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيأ لم يتبرع به ولا ضمانا (قوله وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها) جواب سؤال مقدر هو

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث

اذملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب مايتم به كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها او بغيرهما مما يتحقق فيه المنع عن الرجوع كما سيأتى وأما ثانيا فلانه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن فى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفى لزوم التسليم فن أين يجب الزام التسليم فليتأمل فى الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشئ بمنزلة الشئ أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا فى عقد واحد كالقبض والقبول فى الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا فى عقدين مختلفين كالقبض فى الهبة والقبول فى البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال فى المبسوط ولما كان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع أخذ حكم القبول فى البيع وثانيهما أن التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا أن القبول فى الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول فى البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثانى قطعى فى المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية فى قول المصنف ولنا أن القبض الخ حيث قال وكان ينبغى أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم فى المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعى ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعى اه (أقول) ان تحقق خصم يأخذ بالقياس فى هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع فى هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية تمام أخذه المصنف بتقوية المناسبة فى تحريره لا نفى الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العينى كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشترى بالقبول بعد المجلس وأجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع

أن يقال انعدام أهليته للزوم للموصى بالموت فوارثه يخلفه فى ملكه فكان ينبغى أن يتوقف ملك الموصى له الى وقت تسليم الوارث الموصى به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك فى الوصية ينبغى أن يكون كذلك فاجاب بان الوارث أجنبى عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبى فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له فى الموصى به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزاما على المتبرع (قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول فى الهبة) من حيث انه يتوقف عليه

فى ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف فى ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان فى الاول (أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول) فى البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله فى الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول

(قوله وقوله فى الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكى وصاحب النهاية قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أى القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح انتهى وليس فيما قالاه ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له واذا كان كذلك (فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض أجاب بقوله (بخلاف ما اذا نهاه) يعنى صريحا (فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثانى أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشترى بدون اذنه جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن وأجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ماوراء المجلس وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ماوراءه اه

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه نوع ركاكة (قوله وأجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد) أقول ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يحنث (قوله وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ماوراءه) أقول هكذا وقع فى هذه النسخة موافقا لما فى سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ماذكره لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وأما قصة الحلف فامرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال فى الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة فبالنظر الى كونه بمنزلته يجوز القبض فى المجلس بلا اذن الواهب وبالنظر الى التغاير حقيقة صح الامر بالقبض بعد

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح

ولم يقبل المشترى لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيتوقف على ماوراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران فى عامة الشروح وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات (أقول) فى الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح فى المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح فى القبض مالا يصح فى القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثانى شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس فى الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس فى البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض فى الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول فى البيع بعده وهذا لا يدفع القدح فى قولهم ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم فى البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور فى الهبة لافتقاره أيضا الى القبض كما ذكر فى الكافى وفى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى فى تلك الصورة أصلا لان الايجاب فى البيع الصحيح والايجاب فى البيع الفاسد سيان فى كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور ههنا وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول اه (أقول) كلا وجهى بحثه ساقط أما الاول فلان الملازمة فى قوله لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة فاما بطلان التالى فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبت هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثانى فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض)

ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك أى مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون منه تسليطا على القبض تحقيقا لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطا على القبض فى المجلس لما صح الامر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ماوراء المجلس فاما فى الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالمتبرع حتى يحنث فى يمينه لا يهب أما فى حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز أن يتوقف على ماوراء المجلس ليوجد شرطه وهو القبض (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق) لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض ألا ترى ان القبض متى

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى

يعنى أن مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول هنالك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بانا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشترى ضمنى لا قصدى فلا معتبر به كذا فى الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم أن مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى فكذلك المقصود يحصل بقبول المشترى من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشترى فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به) أقول لقائل أن يقول انما الحق القبض فى الهبة بالقبول فى البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى أن القبض فى الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول فى البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنا داخلا فى العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل فى العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى فى تقرير وجه الاستحسان فى مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو أنه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر

فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض واقتضاء كما فى البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا المشترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا مع القبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصا لانه ثابت من كل وجه فيبقى فى المجلس وبعده وقوله قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا خاطب به النبى صلى الله عليه وسلم بشيرا والد النعمان وهو مما روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين فابت أمى الا أن يشهد على ذلك رسول الله عليه السلام فحملنى أبى على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل أولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور (قوله وأعمرتك هذا الشئ)

وعن الثانى بانا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الالفاظ التى تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول فى قوله لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه وكلامه واف بافادة المطلوب سوى الفاظ تذكرها (قوله أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين فابت أمى الا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

المجلس ايذانا بانحطاط رتبته عن القبول فتامل ووقع فى بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما فى الشروح الاخر فتدبر (قوله وعن الثانى بانا لا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشترى ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون فان قيل حق الرجوع ثابت فى الهبة أيضا فلا ينافى ذلك كون الايجاب تسليطا قلنا ذلك فى الهبة ليس بكلى ألا ترى الى موانع الرجوع فى الهبة بخلاف البيع فتأمل (قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول فى أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) أقول فى التلويح قالوا والضابط أنه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فهو للاباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عينه ما ذكره فى التلويح من جعله مفعولا ثانيا له فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا فى حواشى شرح الوقاية

با لجلان

بالجلات الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى مايطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها وأما الثانى فلان حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع

الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف مالو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى مايطعم عينه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان ولنا فى تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى مايطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الاطعام فى الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام فى الآية مضافا الى ما طعم عينه فافهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف بالاضافة الى مايطعم عينه أن يذكر مايطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفى آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه أنه قال فى تنقيح الاصول فى أوائل التقسيم الرابع وفى قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا وألحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهى كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال فى التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط أنه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى فتامل ترشد ثم انه قد ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الاصل واذا قال أطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لايذهب على ذى فطنة أن اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح فى أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه وأما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين أى الهبة والعارية وان النظر المذكور لايتجه أصلا على مافى رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافى أن يكون الاطعام فى آية الكفارة على أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الارض مما لا تطعم عينه انما يقتضى أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضى أن لا يراد به تمليك العين مجازا كما أريد به ذلك اذا أضيف الى مايطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما أى آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف فى مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى مايطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى أثره الشارح العينى وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث

أى جعلت لك هذه مدة عمرك فاذا مت أنت فهو لى يقال أعمره الدار وقال له هى لك عمرك ومنه أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فمن أعمر شيأ فهو له ومنه العمرى (قوله فهى للمعمر له ولورثته) أى لورثة المعمر له من

فلما أبى على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أى ولورثة المعمر له به يعنى تثبت من بعد المعمر له الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك

فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا أى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما رويناه من قبل

اذلو كان مراده ماقاله الشارحان المزبوران لذكرها فى ذيل الثانى بل لو كان مراده ذلك لماذكرها أصلا اذقد سبق ذكر مااذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذى قال له وأما الثانى ولا يرى أثر فرق بينه وبين مااذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصور على لفظة عمرى دون ماسبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام فى قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لايخفى فان قلت لو كان مراده ماذكرته لقال لما رويناكما هو دأبه عند قصد الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل مافى قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث وقد أشرنا اليه فى تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته) يعنى أن الحمل تصرف فى المنفعة فيكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى مايحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال فى الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد ذكر فى العارية أن قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين فى العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا فى معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ماتقدم فى العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين يعنى فى العرف فاستعماله فى المنافع مجاز عرفى فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعنى فى اللغة فاستعماله فى الحقيقة العرفية مجاز لغوى انتهى (أقول) بقى اشكال وهو انه قد تقرر فى كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبى حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقى اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازى أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففيما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبى حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغى أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبى حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة فى هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير أن يذكر الخلاف فى شئ منها فليتأمل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا فى معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالادلة أو الامارات على ماتقرر فى علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فاين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل) يعنى ماذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا فى الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية

بعد المعمر له يعنى يثبت به الهبة ويبطل مااقتضاه من شرط الرجوع (قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة) فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد سبق فى العارية ان قوله حملتك لتمليك العين لانا نقول حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين فى العرف والاستعمال ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا فى معنى الاسم المشترك (قوله لما رويناه من قبل) أراد به ماذكره فى كتاب العارية من

وقوله (فلان الحمل هو الاركاب حقيقة) يعنى أنه تصرف فى المنافع (فيكون عارية) الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ماتقدم فى العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك أن قوله لانهما لتمليك العين يعنى فى العرف فاستعماله فى المنافع مجاز عرفى فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعنى فى اللغة فاستعماله فى الحقيقة العرفية مجاز لغوى (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل) يعنى ماتقدم فى كتاب العارية من قوله عليه

(قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعنى أنه تصرف) أقول ضمير أنه راجع الى الحمل (قوله لما أشرنا اليه الخ) أقول جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ماتقدم الخ

الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة) انما هو بنصب هبة فى الموضعين اما على الحال أو التمييز لما فى قوله دارى لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم فى تمليك المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكنى محكم فى تمليك المنافع اذ هو المذكور فى كلامه و يجوز أن يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصانا فى ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع فى الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أى ليس بمقبوض والثانى عن المشاع فانه اذا حز وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة فى نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة

(قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف فى كتاب المضاربة (قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثانى ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة

(ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية) لان العارية محكم فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة

وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر فى كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال فى التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه فى المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر فى المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر فى عامة المعتبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثانى به ينتقض بالفصل الاول فتأمل فى التوجيه (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا فى المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة (أقول) ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكنى الذى دل عليه لفظ تسكنها والكلام فى عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التكلم فعل

قوله عليه السلام المنحة مردودة (قوله ولو قال دارى لك هبة) بنصب هبة وكذلك أو سكنى هبة بنصبها (قوله لان العارية محكمة فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها) لانه تحتمل هبة المنفعة كان من حقه أن يقول لان السكنى محكم فى تمليك المنفعة فلعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية أو عارية هبة فعلل بذلك أو لان قوله سكنى عارية فذكر العارية فى التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية (قوله لما قدمنا) اشارة الى قوله لان العارية محكمة فى تمليك المنفعة وذلك لان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان أول كلامه محتملا تمليك السكنى وقوله سكنى محكم فى تمليك المنفعة لانه يحتمل تمليك الرقبة أو انه خرج تفسيرا لاول الكلام فيتغير به حكم أول الكلام فصار المحكم قاضيا على المحتمل فكانه قال لك سكنى دارى فيكون عارية (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) لان قوله تسكنها فعل وانه لا يصلح تفسيرا للمذكور سابقا ولكنه مشورة أشار به عليه فى ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه (قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة) يعنى بالمحوز أن يكون مفرغا عن أملاك الواهب وحقوقه وقد احترز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو وهب الزرع فى

للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ولكن توقف اثبات الملك على الافراز وبالتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا او هبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغى وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعى هبة المشاع جائزة فى الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض فى هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشترى خرج عن ضمان البائع ودخل فى ضمان المشترى وملكه المشترى وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول فى ضمان المشترى مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع (٤٨٨) أن يكون رأس مال السلم و بدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أولازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بان دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه و يعمل فى النصف الآخر بشركته و بان أوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه أى بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه

المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى تجوز فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه و يعمل فى النصف الآخر بشركته و بأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا اهـ كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا فى قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا لان المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه

الارض دون الارض لان الموهوب ليس بحوز أى ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا حاز وقبض التمر الموهوب على النخيل وكان التمر مشتركا بينه و بين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعنى به ما لا يحتمل القسمة أى لا يبقى منتفعا بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة أو لا يبقى منتفعا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير و يعنى بما يقسم ان يبقى منتفعا فى الحالين قبل القسمة و بعدها وفى الذخيرة وذكر الامام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدالية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بمنزلة هبة مشاع لا يحتمل القسمة وذكر أصلا فقال كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصانا فى ماليته فانه لا يحتمل القسمة واذا لم يوجب التبعيض نقصانا فى ماليته فهو مما يحتمل القسمة تخرج على هذا هبة بعض العدالية لان التبعيض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعيض يجوز هبة بعضه (**قوله** كالبيع بانواعه) أراد بانواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تمام القبض فى هذه العقود بالاجماع (**قوله** كالقرض والوصية) فصورة

(قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ و يجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننازع فى كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توجيهه بأدنى تامل (قوله و بان أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

موهوب ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة

فكان ينبغى أن يقول المصنف ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثانى أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التى قدرها وهى قوله ولا مانع ثمة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهى قوله فيصح فى المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا أى صحته فى المشاع أو كونه صحيحا فى المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما فظاهر جدا وأما الثانى فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ماقدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه فى المشاع لزم فى ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعنى أن الشيوع فى القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع فى الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعنى ان فى تجويز عقد الهبة فى المشاع الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العينى (أقول) فى الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة لان الذى يستلزمه تجويز هبة الشئ انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ماليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة فى شئ فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأنى يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذى لا يستلزم القسمة هو

قرض المشاع انه لو دفع ألف درهم مثلا الى آخر على أن يكون نصفه قرضا عليه ونصفه بضاعة أو يعمل فى النصف الآخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوقوع الملك فى القرض ولا تشترط القسمة فيه (قوله ولنا ان القبض منصوص عليه فى الهبة) وهو قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فيشترط كماله كاستقبال القبلة فى الصلاة لما كان منصوصا عليه يشترط كماله حتى لو استقبل الحطيم لم يجز لانه بيت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غير الموهوب اليه والحاصل تبع لغيره يكون أنقص من الحاصل مقصودا بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض من الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشئ فى حيز القابض والمشاع فى حيزه من وجه دون وجه لانه فى يد من وجه وفى يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة بجمع الاجزاء المتفرقة ومالم تجتمع لا تصير محوزة على الحقيقة فى يده الا بغيره وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان ما للغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم تتحقق الحيازة فى حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك (قوله ولهذا امتنع جوازه قبل القبض) أى

ولان فى تجويزه الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أى ولان فى تجويز هذا العقد الزام مالم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف مالا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل

(قوله أجيب بان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع الى قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة) أقول

لزمـــه المهاياة وفى ايجابها الزام مالم يـــلزم بالعقد ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيمالم يتبرع به
وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل أن يقول ان الزام مالم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده
الى ماتبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك و يدفع التحكم بان فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى أجرة القسمة

والمهاياة تلزمه فيمالم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا

الملك المشاع وهو الذى ذكره فى الجواب وماهو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لانسلم ان حكم الهبـــة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذى لايحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هنالك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة ولا مايستلزمها الان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفرز هـــذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمـــة لاينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اهـ (أقول) كل واحـــد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لاينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياها غـــير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضى الرضا بما هو من ضروريات ذلك العـــقد ولوازمه لا بما هو من محتمـــلات ذلك وأما الثانى فلان فى رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبـــة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفســـه على ارتكاب ضررآخر لنفسه فكان فى تجويز هبـــة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لايجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبـــة المشاع عـــلى جواز الرجوع عنها وليس هـــذا بمـــنزلة بناء تحقق الشئ عـــلى انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبتـــه فى كثير من الموادوهى التى تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتى فى الكتاب فيلزم المحـــذور فى مثل ذلك ثم أقول بقى شئ فى أصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فان رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن فى الزامـــه مؤنة القسمـــة الزامه مالم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمـــة عنـــد أبى حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على مايجىء فى كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيمالم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا

امتنع ثبوت حكمه وهو الملك (قوله والمهاياة تلزمه فيمالم يتبرع به وهو المنفعة) هذا جواب اشبهة ترد على قوله ولانه لايلزمه مؤنة القسمة وهى انه يستوجب به المهاياة وان لم تلزمه مؤنة قسمة العـــين فيما لايقسم فاجاب بأن المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ماتبرع به ولا يرد على هـــذا لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمتـــه للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقـــد التبرع وضمان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا يرى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء وبه فارق البيع فانه عقـــد الضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة (قوله فالقبض فيها غير منصوص عليه) أى فى هذه البيوع حتى يراعى وجوده على أكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعين الا ان التعين فى الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك فى الهبة فان التنصيص على القبض فيها يقع صحيحا فافترقا (قوله والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجـــه) حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يتعداه ضمان المقاسمـــة وشرط القبض هنالك ليس بمنصوص ليراعى

على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى غـــيره ذلك لان المهاياة لايحتاج اليها ولا يـــلزم مااذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفى ذلك الزام زيادة عين على ماتبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعـــقد التـــبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعـــدم تحققه فى المشاع والوصـــية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غـــير منصوص عليه فيها فان قيـــل القبض فى الصرف منصوص علـــيه فلا يصح نفيه أجيب بان كلامنا فيما يكون القبض

وفيه بحث فانه يعـــلم أنه اذا طلب شريكه القسمة لاينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمـــه المؤنة فليتأمل (قوله فان قيل لزمه المهاياة وفى ايجابها الزام مالم يـــلزم) أقول ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام (قوله والجواب بتخصيصـــه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله بعوده الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعنى ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانها من أحكام الملك الذى هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض فى الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيـــه أنا لانســـلم كون القبض بالشبهين
منصوصا عليه فى الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض لضرورة التعين على ما حققه المصنف فى باب الربا

منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفى الصرف لبقائه فى ملكه فليس مما نحن فيه ولانهما عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة
فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتى والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبى والعبد وعقد
ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا
بالشبهين على أن القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وان لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لان
الحكم يدار على نفس الشيوع) فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه اشارة الى الوجه الاول
وعلى ذلك قيل الوجه الثانى غير متمش فى جميع الصور ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة النوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) أى لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الامحوزة وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقى وسلمها جملة جازت قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع
للجعلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم
افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز فى المشاع كما فى المعدوم

بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع
قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع
قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن فى اللبن لان
الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا

جواب عن سؤال مقدر تقديره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفى ايجابها الزام
ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به
وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التى هى عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم
يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما فى جملة الشروح والكافى
ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن
جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان
فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى غيره ذلك
لان المهايأة لا يحتاج اليها اهـ كلامه (أقول) لا يرى فى الجواب الذى ذكره كثير طائل فى دفع سؤال سائل
لان حاصله ان فى عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هى أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك فى المهايأة فلقائل
أن يقول ان لم يكن فى المهايأة الزامه اخراج عين عن ملكه ففيه الزامه ازالة نفع فى زمان معين عن تصرفه وكون
الاول أكثر ضررا من الثانى مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من
مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون ازالتها عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج
مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة فى الصورتين مع أن الزائد
عليها فى احداهما العين وفى الاخرى المنفعة والاظهر فى الجواب عندى أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى

وجوده على أكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة وذلك
اعتبار صحيح فيما له شبهان (قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوع) وهذا لان القبض فى الهبة لا يتم فى الجزء
الشائع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ملاقاه الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لاتمام
العقد فانما يعتبر ثابتا فيما يتناوله العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك فى ظاهر الرواية
عن أبى حنيفة رحمه الله لان الشيوع انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة على تسليم ما آجر به ولا شيوع مع
الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع فيمنع صحة الهبة لمعنيين ايجاب ضمان القسمة على المتبرع
وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع والكمال شرط فى قبضه لانه منصوص عليه فههنا ان لم يوجد احد المعنيين
فقد وجد المعنى الآخر (قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) أى لا يثبت حكمها وهو الملك وان
اتصل به القبض مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض
المشايخ (قوله لان الموهوب معدوم) لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله الغاصب كان

(قوله وفى الصرف لبقائه فى ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعى فى شرح الوجيز الشائع يجوز
هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبى حنيفة لا تصح هبة
المنقسم من غير الشريك وبالغ فقال لو وهب الشئ المنقسم من اثنين لم يصح أيضا اهـ ففى قوله وعند أبى حنيفة الخ بحث لا يخفى

وانما جعل الرهن فى السمسم والدقيق والحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كان العين فى يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد

قال المصنف (وهبة اللبن فى الضرع) أقول قال صاحب التسهيل أقول فى البيوع ان النوى فى التمر لا يجوز بيعه وان أخرجه وسلمه الا ان يجدد بيعا جديدا للشك فى وجوده واللبن فى الضرع كذلك فينبغى أن لا تصح هبته وان سلم كبيعه اهـ قال المولى الشهير بخضر شاه رحمه الله تعالى والفرق ظاهر اذ الوجود بالفعل كاف فى الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط فى انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لانتفاء المانع) أقول ولوجود المقتضى وهو ظاهر لكن يبقى هنا بحث والاظهر أن يقال لوجود الشرط وهو القبض (قوله أو ببيع فاسد) أقول بلا اذن البائع فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته فينوب

بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال (واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) لان العين فى قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة أما قبض الهبة فغير مضمون

ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور فى الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان فى محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا تلزم المنافاة فان المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدى ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نسلم لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اهـ كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايؤ يجب ويجرى فيه جبر القاضى اذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه فى عامة الكتب وسيأتى بيان ذلك فى فصل المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم فى هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدى ذلك الى الزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلا (قوله واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة

مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشئ الواحد شيئين فى وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان لغوا غاية ما فى الباب ان الدهن يحصل بالسمسم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوجود اليه كزراعة الحنطة يضاف الى الزراع وان لم يكن بد من الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا فى السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافى اكثر مما فى السمسم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لا بد لوجود الدهن من وجود السمسم لا محالة فثبت شبهة قيامه بالسمسم قبل العصر والشبهة كالحقيقة فى باب الربا ولكن لا تكفى لصحة الهبة (قوله لان امتناع الجواز للاتصال) أى لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع (قوله واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بيانه هو ان الشئ اذا كان مغصوبا فى يده أو مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جاز لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له أيضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشئ وديعة فى يده أو عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت وديعة عنده او عارية فباعه

القبض أن ينتهى اليه ويضع فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ماوهبه له وليس الاشهاد بشرط الا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد ادراك الولد (لانه) أى لان الموهوب (فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما اذا كان مرهونا أومغصوبا أومبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره) يعنى فى الاولين (أو فى ملك غيره) يعنى فى الاخير (والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له) وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصى لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الاخ والعم والاجنبى جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من علك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب

فينوب عنه قال (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده أو فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا أومغصوبا أومبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والاب

الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا فى العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار اليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو فى ملك غيره فى قوله لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هنالك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله ببيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضا فى باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فى البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك الى البائع فتصح هبته اياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجئ بعد أسطر فكيف تصح هبته اه (أقول) لا يخفى على ذى فطنة أنه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور

منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر أبو نصر فى شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضع الذى فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها الا ان العين وان كانت فى يده لكنها مضمونة بغيرها الا ان هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقيمتها أو مثلها حيث تصح البراءة عنه الا يرى انه لو ابرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فصارت الهبة براءة من الضمان فيبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة به (قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) ولا فرق بينهما اذا كان فى يدا وفى يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التى هى قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع فى الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع مادام هو فى الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه (قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا الخ) يعنى اذا كان مال الاب مغصوبا أو كذا وكذا لم تتم الهبة بالعقد لانه فى يد غيره فى الرهن والغصب أو فى ملك غيره فى البيع الفاسد فان قيل ينبغى ان لا تتم الهبة اذا كانت فى يد مودعه لاشتراط الكمال فى القبض وكون هذا القبض حكميا وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبضه فى ضمن الكل والضمنى كان لم يكن (قوله والصدقة فى هذا مثل الهبة) أى

(قوله قيل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام) أقول فانه مشهور ان الجد الصحيح

(وان وهب للصغير أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك) الامر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف فى ماله وهو وصى الاب أو جد اليتيم أو وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم فى حجر أمه أى فى كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه لان له يدا معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يمحض نفعا فى حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبى الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع فى حقه وهو من أهله أى من أهل مباشرة ما يتضمن نفعا له فان قيل عقد الصبى اما أن يكون معتبرا أولا فان كان الثانى وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار الخلف توفيرها أيضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر عقله فى المتردد بين النفع والضر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر فى عواقب الامور فلابد من جبره برأى الولى واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه أولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لان الاب قد فوض أمورها اليه وهى حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها يجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكها وان حضر الاب فى الصحيح وهو احتراز عما ذكر فى الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله فى الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا نفعا

ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله (وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فاولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان فى حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلابد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه) لان له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض

بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع فى قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى لانا نقول فان أذن له المالك فى ذلك يكون البيع باذن البائع أى المالك وان لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا فى الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان أطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد

فى حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا تصدق على فقير بشئ فى يده أو على ابنه الصغير (قوله وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي) أى اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير فى حكم لقبض (قوله لان لهؤلاء ولاية عليه) وفى الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة أراد بتلك الاربعة الاب ووصيه والجد أبا الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليست لهؤلاء ولاية التصرف فى المال فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حق حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله لانه اذا كان فى عياله فله عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة (قوله وكذا اذا كان فى حجر أجنبي يربيه) أى يجوز للاجنبي الذى يربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفى المبسوط واذا ثبت ان

كالاب الا فى أربع مسائل (قوله وكذا اذا كان فى حجر أجنبي) أقول كاللقيط (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف) أقول لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضا (قوله فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله فى المتردد الخ) أقول يعنى لم يعتبر عقله فى التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا الان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها فان كان الثانى فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبى حنيفة وقالا تجوز لان هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولابى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال لشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين جميعا أما اذا حصل فى أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسم وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به

نفعا فى حقه (وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز)

الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر فى كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعى ولكنه السابق الى الفهم فى الخطابيات وأما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به فى شئ فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح) قال صاحب النهاية قوله

للاجنبى الذى يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوى ان كان الصبى يعقل أو لا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من أهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف ههنا والجواب أنه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير تنفى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة ظهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل (قوله وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من أهله أى من أهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا وأما جواب القياس وهو قول الشافعى رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعى عقله فى صحة اسلامه واعتبره فى وصيته أو اختياره أحد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره (قوله يجوز قبض زوجها بعد الزفاف الخ) جواب عن أن يقال الولاية للاب عليها فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب أقام الزوج مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها اذا زفت الى بيته وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولو قبض الاب أيضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج فى هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار أولى لها من أبيها (قوله بخلاف ما قبل الزفاف) لان اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف (قوله فى الصحيح) يتعلق بقوله حيث لا يملكونه

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازى من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبى والام والجد والاخ فى أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ فى قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح انما قول المصنف فيكون التمليك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك

لانهــمــا سلمــاهــا جملة وهو قد قبضها جمــلة فلا شيوع (وان وهبها واحد من اثنين لايجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد

في الصحيح متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الاب أي و يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احــترازا عنها انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهرزاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والاب والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهــم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصــغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضــه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأي صاحب النهاية في جعــل قول المصنف في الصحيح متعلقا بقوله و يملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال و يملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبــة دون عدم الحياة تامل تقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد

وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الاب أي يملك الزوج قبض الهبــة لاجــل امرأته الصــغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وأنه بعيــد وانما قال في الصحيح لان فيه خلافا في الخلاصــة وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصــغير اذا لم يكن للصغير أب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصــغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف و بعد البلوغ وذكر في فتاوى قاضيخان ولو كان الصــغير في عيال الجــد أو الاخ أو العم أو الام فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج وأب الصــغيرة حاضر (قوله وقد قبضــه جملة فلا شيوع) والمؤثر الشــيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم سـلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفقه فيه أن الشائع محل حكم الهبــة وهو الملك والشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذلك لا يتحقق في الشائع فظهر أثر الشيوع في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشــيوع وورد القبض على غير الشيوع بقي على الصحة (قوله كما اذا رهن من رجلين بل أولى) لان تأثير الشــيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبــة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في أحد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا وأبو حنيفة رحمــه الله يقول قبض كل واحد منهما الا في جزء شائع وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا

منهما

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولاشيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ماوقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع فى الصدقة لايمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على أنه لافرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لاشريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلاشيوع فيها وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ماذكر فى الاصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة ويجوز المجاز على ماذكر فى الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل فى الهبة اما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوى كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره فى الكتاب وان كان الثانى لم يجز عند أبى حنيفة مطلقا أى سواء كان متفاضلا أو متساويا مر على أصله وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففى المفاضلة لم يجز وفى المساواة جوز فى رواية على ماهو المذكور فى الكتاب بقوله وعن أبى

(قوله فان كان الاول لم يجز بلاخلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوى كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره فى الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضا به والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه وقوله التفصيل بالصاد المهملة وقوله بالتفضيل بالضاد المعجمة وقوله أو بالتساوى معطوف على قوله بالتفضيل والضمير فى قوله ولم يذكره راجع الى الاول فى قوله فان كان الاول لم يجز بلاخلاف

منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا اذلا تضايف فيه فلاشيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لايسترد شيأ من الرهن (وفى الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أووهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة فى الحكم وفى الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور فى الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبى

منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية فى شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير متميز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى وورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ماحرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية فى قوله من جانب الملك وهذا لاينافى أن يتفرع عليه كون التمليك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لايخفى على الناظر فى الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبى

لان تأثير الشيوع باعتبار ان القبض لايتم معه وذلك موجود ههنا فكل واحد منهما لايقبض الانصيبه ولايتم قبضه مع الشيوع لان القبض فى المشاع لايتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم ولاشيوع فيه دون القبض فان الملك انما تعلق بالقبض لنفى الضمان على المتبرع فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لاجانب القبض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم (قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) أى على اعتبار الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف (قوله وفرق بين الصدقة والهبة فى الحكم) يعنى لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما (قوله وفى الاصل سوى) ذكر فى الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ماذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية الجواز وأما رواية عدم الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض

نوع اختلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ماذكر فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلا أنه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال

حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ماذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى (أقول) يرشد الى ماقاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها وللآخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

أبي حنيفة رحمه الله كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب أن يستويا في هذا أيضا اذ المفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير ووجه الفرق مذكور في المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين (قوله ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه) في الايضاح روى عن أبي يوسف رحمه الله اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها وللآخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح أن يكون تفسيرا للحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع ههنا في نفس العقد وثمة في حكم العقد ثم فرق أبو يوسف رحمه الله في احدى الروايتين بينهما اذا نص على الابعاض متساويا ومتفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت

ثلث كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيأ فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

*(باب

(قوله وليس بظاهر) أقول أي ماذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهر القرب به (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباء متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ (قوله خلا أنه يستوي فيه المساواة) أقول يعني يستوي في الرهن المساواة الخ

(باب الرجوع في الهبة) قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي

وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره أنا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأ له (قوله على أصله) أي على الشافعي فان من أصله

(باب الرجوع في الهبة)

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأه

(باب الرجوع في الهبة)

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أي اذا وهب هبة لاجنبي أولذي رحم ليس بمحرم أولذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب وأجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يبقى منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول المانع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهدة في هذه انتهى كلامه

لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل لفائدته لا لعينه فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا انصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذا اعتبر يتفرق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل ثمة تخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا أو متفاضلا

(باب الرجوع في الهبة)

(قوله قال واذا وهب هبة لاجنبي) احترز بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الاجنبي (قوله فله الرجوع فيها) أي بالتراضي أو بقضاء القاضي اذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده أغنى عن ذكر القيود (قوله بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) فان من أصل الشافعي ان

(باب الرجوع في الهبة)
(قوله وهذا الباب لبيانه) أقول فيه بحث (قوله ذا رحم محرم) أقول جر على الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما الآخر بل الوجه حالة خروجها الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم (قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جوازه (قوله والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة) أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضي ما يضاده) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أي على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجويز الرجوع

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض

المسئلة على القدورى لانها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا فى النهاية والكفاية وهكذا ذكر فى العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة فى الجواب وقد أشار فى الكافى أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا فى حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) فى الوجه الاول والثانى من تلك الوجوه بحث أما فى الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤل اليه كما فى نحو أرانى أعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك وأما فى الثانى فلانه قد تقرر فى علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شئ أهون على الله تعالى من شئ فلفظ أحق فى هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة فى معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور والذى استدلوا به على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف فى مقام المنع قادح فى مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب فى هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبى عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه لان الرجوع حينئذ يصير فى حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد أحق فى الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح فى الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعنى صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة

للاب فى مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب أن يتزوج أمة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام أنت ومالك لابيك وهذا بظاهره يوجب حقيقة الملك فى مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت الحق فلا يجوز له أن يتزوج أمته لذلك كما لا يجوز للمولى أن يتزوج أمة مكاتبه (قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها) ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون غيره له فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو

أن للاب حق الملك فى مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

(قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل فى أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثانى أحق من الاول الا أن يقال الاحقية باعتبار أن للواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للموهوب له حق القبض للملك فى المجلس عندنا على مامر (قوله ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه

والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه اه وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم اه وقد سبقه الى هذا المدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا فى الثالث ومع هذا له الرجوع فى الكل مالم يعوض اه (أقول) يمكن توجيهه ماذكر فى العناية بان المراد بالتعويض فى قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالى وبالتعويض فى قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالى وأما التعويض المطلق فيوجد فى الاعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فانه يدل على جواز الرجوع فى الكل مالم يعوض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد فى ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للاجانب العوض والمكافأة لان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادى قروض اه * ثم ان صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى أن يمتنع الرجوع لانه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفى العوض اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والغائه بل بحسب مروءة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنفى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لوجدان مروءة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل صورة كما قالوا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم كذا فى الكافى وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة يعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة فى تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال فى البدائع فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه اه وقال فى الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه اه الى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله فى الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه) قال الشارح العينى قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون فى جوازه

أحق وان شرط العوض قبله (قوله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى الواهب لا يستبد بالرجوع فى هبته بل لا بد من القضاء أو الرضا الا الوالد فانه يستبد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعا فى الهبة مجازا كما روى أن عمر رضى الله عنه حمل واحدا على فرس فى سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد أن يشتريه فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وقال

(ولان المقصود فى الهبة هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى لا يستبد الواهب بالرجوع فى الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم (وقوله فى الكتاب) أى القدورى (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا لاستقباحه)

(قوله لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم (قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا لتحريمه) أقول فيه بحث

لاتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعنى القدورى وقد جمعها القائل فى قوله موانع الرجوع فى فصل الهبه * يا صاحبى حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاى الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف (فقال الا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولابد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لايمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لاتمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لاوجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع فى الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس وأجيب بان الرد فى المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لاسبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لايصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثانى لان الولد بعد الانفصال لايتبع الام لامحالة ولا الى الثانى لانه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا وأما فى المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع فى الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت

قال ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (الا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد

الرضا أو القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال وأما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضى الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التى هى معصية أخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضى لايحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضى اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع فى الهبة لايحل لايصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن فى أصل الرجوع فى الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضى الاقدام على أمر واه مكروه اهـ كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذى كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لاجواز الرجوع عنها والذى يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضى لايقول للواهب فى حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس فى قضائه هذا اعانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعى على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضى عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضى دفعها اليه وليس فيه أيضا لزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضى لايحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا من اختلاف العلماء فى مسئلة لايمنع القاضى عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولابد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب اهـ (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان مالا يورث زيادة فى قيمة الموهوب نقصان فى الحقيقة وان كان فى صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى

لاتعد فى هبتك مع أن الشراء لايكون رجوعا حقيقة أو المراد لايحل الرجوع ديانة ومروءة لقوله عليه السلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اى لايليق ذلك فى الديانة والمروءة وان كان جائزا فى الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا نقول لايليق بالمروءة الرجوع ويكره ألا ترى الى قوله عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا التشبيه فى معنى الاستقباح والاستقذار لا فى حرمة الرجوع كما زعم الشافعى ألا ترى أنه قال فى رواية كالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح (قوله ثم للرجوع موانع) هى سبعة أحدها قبض العوض وثانيها الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة أمة فولدت عند الموهوب

(قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث آخر) أقول الاظهر فى رواية أخرى

قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد

المعنى كالاصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية فى البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس الموهوب بشئ يورث زيادة فى قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب فى نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة فى قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كان فى الذخيرة * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التى لا تورث زيادة فى القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذى ذكر والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه فى تلك الصورة أيضا فليتأمل فى التوجيه (قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء فى مسئلة مختصر القدورى بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهى هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغى أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء فى الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا

له من زوج أو غيره فللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الرجوع فى الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من سعر فله أن يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة فى عين الموهوب وانما هى زيادة رغبة الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت أحد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له أن يرجع فيها ولو وهب لامرأته هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع الكل دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت أحدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاى الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب (قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء) الزيادة فى الارض قد لا تعد زيادة وقد تكون زيادة فى الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة فى قطعة منها كما اذا بنى دكانا بعد ذلك زيادة فى الدار لان الزيادة فى جانب الدار توجب زيادة فى كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار وكما اذا كان فى احدى عينى الجارية بياض فزال البياض فالزيادة فى عينها تكون زيادة فى كل الجارية وان كانت فى موضع خاص كذا هذا الآرى المعلف عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآرى الاخية وهى عروة حبل يشد فيها الدابة فى محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا أقام فيه كذا فى المغرب (قوله فليس له أن يرجع فى شئ منها) فان ترافعا الامر الى القاضى لم يقض لمكان الزيادة ثم ان الموهوب له ان هدم الزيادة وقلع الشجر وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد فى الايام الثلاثة تفاسخ فى الرد وأبطل القاضى حق المشترى لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضى ثلاثة أيام ليس له أن يرد والفرق أن حق الواهب فى الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال أسقطت

مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا فى تبدل السبب قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآرى الاخية وهى عروة حبل تشد اليها الدابة فى محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لان ما لا يكون كذلك

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه

أو كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة فى قطعة منها لا يمنع الرجوع فى غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان الالفاظ التى تستعمل فى العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع فى هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له بل لو عوضه عنه أجنبى متبرعا صح

ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له أن يرجع فى نصفها) لان له أن يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها) صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح

رجوع فيها او بقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تقف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) أقول قيد النصف فى الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع فى عامة المعتبرات

أو أبطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا أنه امتنع لمانع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشترى فيحتمل السقوط بقوله أسقطت فكذا باسقاط القاضى كذا ذكره الحبازى رحمه الله وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيفا فشب عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب أن يرجع فيه وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه فليس له أن يرجع فيه لانه زاد من وجه وانتقص من وجه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك (قوله واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك) وصورة التعويض أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع فى هبته وفى المبسوط سواء كان العوض شيأ قليلا أو كثيرا من جنس الهبة أو من غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض فى قطع الحق فى الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير اذا بينه الواهب ورضى به الواهب ويشترط شرائط الهبة فى العوض من القبض والافراز لانه تبرع وينبغى أن يكون من غير الموهوب أما اذا عوض شيأ من الموهوب عوض الموهوب لا يجوز وفى المبسوط وان كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب أن يرجع فى الهبة وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له تم فى الموهوب بالقبض فالتحق المقبوض بسائر أمواله وكما يصلح سائر أمواله عوضا عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه بهبته ألف درهم له ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالماله (قوله وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض) بين الحكم فى التبرع ليثبت الحكم فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه (قوله كبدل الخلع) وبيانه ان التعويض فى الهبة يفيد الموهوب له سقوط حق الرجوع وهذا

(واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل فى قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقا أجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدى الى

من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع فى غيرها) أقول ليس فى محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبدل الخلع والصلح) أقول قال فى الكافى عن دم العمد وانما قيده به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعنى يشترط فى العوض (قوله لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول نعم هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

المعوض ما أمره به ظاهر افصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره أو بغير أمره مالم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان مالم يضمن (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يردما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان الغرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا

عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء وأجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض ملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الا أنه) أي الا أن الواهب (يتخير) بين أن يردما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولم يرجع بشيء (لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يردما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لاسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما في الطلاق أجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما الخ)

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يردما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا الكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين

اذا الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكأن وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لنظيره هذا في قوله وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان

السقوط ليس بشيء فيصح العوض من الاجنبي كالخلع فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها وقد جاز البدل من الاجنبي بخلاف الثمن في باب البيع لان المشتري يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبي ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح عن انكار لما لم يسلم للمصالح الا سقوط حق الخصومة يجوز أن يجب بدل الصلح على الاجنبي ابتداء بدون أن يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن دين سواء كان باقرار أو بانكار وفي المبسوط قال كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) أي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه يرجع

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بان المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجها الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو كحكمه

لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا أو القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ مالم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها مالم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة و بغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم

يحصل (ف) اذا تردد (لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا أن يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الاصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ

(قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها مالم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فانه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم (قوله لانه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول قال مولانا ياس وهذا خطأ عظيم لان الوهي على وزن الرمي بسكون الهاء ومده مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة (قوله فاذا تردد لا بد من الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله الى قوله بعده) أقول يعني هلك قبل القضاء و بعد القضاء

العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا أن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون

وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة و بغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة و بغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب أن بطلانه

بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله ولنا أن الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء و بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قيل في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة وأما في الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضا من جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع قلنا هذا التقسيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شئ من الهبة مع سلامة جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرطا لانها تتم بيعا ومبادلة فيوزع البدل على المبدل فأما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شئ من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة (قوله لانه) أي لان الرجوع مختلف بين العلماء منهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله أي أصل الرجوع وهاء أي ضعف وفي المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز أن يكون مراده الثواب والتحية وعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز أن يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض (قوله وهذا دوام عليه) أي القبض المحقق دوام ذلك القبض الذي لم ينعقد سببا

فسخا

فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق

بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة فى مسائلها الا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لانه ان أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فلا محذور فى ذلك اذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفى أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتمامها فى كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزى قال فى المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى مصدر وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعى ليس بخطا وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذى فطانة ان الخطأ ههنا انما هو فى كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهى فى قول صاحب المغرب وانما هو الوهى مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهى وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصورا لقال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العينى لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعى ليس بخطا خطأ لان جواز مد المقصور السماعى مبنى على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه فى قوله وانما هو الوهى يعنى بتسكين العين ومخطئ من وجه فى قوله الوهاء بالمد خطأ لان هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول فى قلى يقلى قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك وقد قال الجوهرى القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضا فى تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضا مصدرا اذ قد تقرر فى علم الادب أن مصدر الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس فمجىء القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره الجوهرى لا يقتضى أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهى فان الاول مسموع دون الثانى وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه فى قوله الوهاء بالمد خطأ ينافى تصويبه اياه فى قوله وانما هو الوهى لان فى قوله هذا قصر مصدر وهى يهى على الوهى بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافى ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافى ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبى الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور فى الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضى أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه منقوض بفسخ العقد فى البيع الفاسد اذ قدم فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشترى اذا قبض المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من

الضمان (قوله حتى لا يشترط قبض الواهب) يعنى لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما فى الهبة المبتدأة ولما صح الرجوع فى النصف للشيوع (قوله فيظهر على الاطلاق) أى الفسخ يظهر على الاطلاق

والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع) كما اذا وهب الدار ثم رجع فى نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما فى الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لان العقد) هو الدليل على المطلوب وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء لانهما يفعلان بالتراضى ما يفعل القاضى وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشمل التراضى والقضاء

(قوله والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك) أقول جواب بابداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف) أقول فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير فى قوله له راجع الى صاحب الحق (قوله ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (قوله لانهما يفعلان بالتراضى ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع الى ما

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض انما كان فى صورة القضاء خاصة لان الحق هنالك فى وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على مالم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضى فانما يقضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد قوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثانى بقضاء القاضى أو بغيره خلافا لزفر فى غير واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء (٥٠٨) فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى للواهب احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع فى ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له فى المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشترى اجاب بان الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور فى ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لى هذا العبد لأن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض فى العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال الشافعى وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعنى تقدم فى المضاربة

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة

المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد فى صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هنالك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به فى مواضعه وأما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هنالك للمشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ والحق ههنا للواهب فى نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتى وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشترى هنالك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية فى تعليل قوله لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام فى حق الفسخ لا فى ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب

حالتى القضاء والرضا لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين وفى مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا فى حق الثالث لان المشترى لا حق له فى الفسخ وانما حقه فى صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له أن يرضى فيثبت فى حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ فى حق الثالث على القضاء (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض) أى بعد قبض المشترى اما قبل القبض ففسخ من الاصل (قوله لان الحق هنالك فى وصف السلامة) يعنى ان فى فصل الرجوع فى الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضى فيكون فسخا وفى الرد بالعيب القاضى يلزم على الخصم أولا تسليم وصف السلامة فاذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلا مثل فعل القاضى فلهذا لم يصر فسخا بل يكون بمنزلة البيع ابتداء (قوله فلا يستحق فيه السلامة) لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما دلالة

وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

أحق بهبته مالم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

فلان دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له وهذا المعنى معدوم هنا (قوله وهو غير عامل له) احتراز عن المودع اذا هلكت الوديعة في يده واستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيأ بمال المضاربة ثم استحق رأس المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه عامل له أما الموهوب له فغير عامل للواهب فلا يرجع عليه (قوله والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع) كما في ولد المغرور فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وان لم توجد المعاوضة في الولد ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمان لان المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه جاز أن يكون سببا للضمان لان المتضمن له حكم المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة (قوله واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين الى آخره) ذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على وأما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا أو بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع (قوله لانه هبة ابتداء) فان قيل لم لم يعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط (قوله والعبرة في العقود للمعاني) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وانه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود (قوله وقد أمكن) جواب لان يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقق المنافاة بين العقدين فان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا

وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

(فصــل) لمــا كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها فى فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الا حملها الخ) اعــلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصــل العقد و يبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيــه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيــه من الهبة ومن النــكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمــل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمــل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر فى البيوع فاذا لم يكن الاســتثناء عاملا انقلب شرطا فاســدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العــقد وهو معنى الشرط الفاســد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة عــلى ما سيجىء وطولب بالفرق بين الحمــل وبين الصوف على الظهر واللبن فى الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه أو اللبن فى الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل وأجيب بان ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخــلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعــل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللــبن (قوله وهذا) أى صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

بخلاف

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

(فصل) قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

(فصل) لمــا كانت المسائل المذكورة فى هــذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمــنزلة مسائل شتى ذكرها فى فصل على حــدة (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبــة و بطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا والعــقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمــل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر فى البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمــل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معــنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاســدة لان الملك فى باب الهبة معلق بفــعل حسى وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط فى العقود الشرعية هذا زبدة ما فى الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما فى الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف فى اللفظ فلا يعمل الا فى الملفوظ والحمل جزء من أجزائها فيكون فى حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ اهـ (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليــل لدل على بطلان استثناء الحمــل فى الوصية أيضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبــة وسيأتى فى وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصــية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمــل لفظا ولكنه يستحق

انتهاء فلم لا يجوز وهــذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا يملك غيره مالا فكيف يملك لنفسه والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد) الاصل ان ما لا يصح افرازه بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه جزأ منها حقيقة وحكما ولهــذا يتحرك بتحركها و يسكن بسكونها وهو متصــل بها اتصال خلقة ويدخل فى بيعها واعتاقها ووصيتها بدون الذكر فــلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء فى الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليــل المستتبع قائم ولان الاستثناء تصرف فى اللفظ فلا يعمل الا فى الملفوظ والحمــل بمنزلة جزء من أجزائها فيكون فى حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ واذا لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرطا فاسدا لانه على خلاف مقتضى العــقد لان العقد يقتضى دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضى خلافه (قوله وهذا هو الحكم فى النكاح الخ) بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء وتصــير الجارية مع الحمل مهرا وكذلك اذا جعــل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح

(فصل ومن وهب جارية) (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبــة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الا أن يقال المراد ما نحن فيه فى بيان جنسه (قوله وأجيب بان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتقض على ما مر فى البيوع (قوله وهذا أى صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم فى النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الاشارة الى عــدم البطلان

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك

بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اهـ وقال فى الكافى هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغى أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف فى الملفوظ قلنا يكفى لصحته التزيى بزيه كما فى استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اهـ فيدل ذلك على عدم صحة ما فى الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع فانه اذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف أو ما فى الضرع من اللبن وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفى الحمل لا يجوز وأجيب بان ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية الى المبسوط (أقول) فى كل من وجهى الجواب المذكور نظر أما فى وجهه الاول فلأن ما فى البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه فى مواضعه ويدل على صحة الاولين أيضا المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز وأما فى وجهه الثانى فلأن كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضى عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل فى الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر فى ان قال بعض أصحابنا ان أمره فى الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية فى أول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح أنه لا يجوز فى الحمل أصلا لان ما فى البطن ليس بمال الخ *ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر فى باب البيع الفاسد فى كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وذا لا يجدى شيأ ينـدفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة فى الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهى جائزة أجيب بان عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا فى الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا فى الحال بناء على كونه فى عرضية الانفصال فى ثانى الحال كان فى حكم المفرز المقسوم لا فى حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه

الاستثناء ويصير الحمل والجارية بدل الخلع (قوله ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت) لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة أن فى صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا فى استثناء الحمل لان الحمل لا يبقى أيضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو فى ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم أو كهبة شئ مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق فيزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب فى ملك

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) اشارة الى القسم الثانى (لانها تبطل بها) أى بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو فى الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) فى امكان تجويز الهبة (ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) فى التجويز لان الجواز فى الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا (وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقى هبة المشاع) وهى لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهى جائزة أجيب بان عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا فى الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شئ هو مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب

بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

قال (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى

لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه فى حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدور ان على الدخول فى الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما فى هبة الجوالق الذى فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة كما فى هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع فى الهبة حكما لوجود اختلاط الملك فى الصورتين جميعا اهـ (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شئ هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها الثانى دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شئ مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقى اهـ (أقول) فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضى ارداف الوجه الاول بشئ آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والا لا يصح أعنى ان قوله على أن يرد عليه شيأ متصل بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيأ منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض فى الصدقة لا فى الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيأ منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشئ بقوله على أن يرد عليه شيأ منها اهـ كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع (أقول) فى تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيأ منها سيما بعد قوله على أن يرد عليه شيأ منها انما هو أن يرد بعض الدار

الواهب فهو كما لو وهب أرضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا هنا وفى الكافى وشبه الاعتاق بالاستثناء فى الهداية من حيث ان الهبة تصح فى الامة كما فى فصل الاستثناء ونفى التشبيه فى فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح فى الامة لان تدبير الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفى الايضاح والمعنى فيه أن الملك فى باب الهبة متعلق بفعل حسى وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما الشروط تؤثر فى العقود الشرعية لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن أن يجعل عدما فعلى هذا كان ينبغى أن لا يفسد الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق أن القبض فى باب الرهن اعتبر حكما للرهن فان حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر فى العقد وأما فى باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض فى حكم ركن العلة فى باب الهبة والفساد لا يؤثر فى ركن فلغا الشرط واعلم أن استثناء ما فى البطن ينقسم ثلاثة أقسام فى قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفى قسم يجوز التصرف

الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقى فان قيل هل يصح أن تجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقى بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه فى جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار فى قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فقيدها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل

العقد

العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيأ منها الى ما هو غير مذكور ههنا أصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيأ من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيأ منها الى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكأن الامام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها اهـ كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد أيضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الاول أصلا بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بألفاظ تقدم ذكرها اهـ (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيأ منها مغنيا عن قوله أو يعوضه شيأ منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيأ منها مصروفا أيضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيأ منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعوض شيأ فالشرط باطل وشرط

والاستثناء جميعا كالوصية (قوله وأبطل شرط المعمر) العمرى تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لان معنى العمرى أن تقول ملكتك هذه الدار ما دمت حيا أو عمرك فاذا مت فهي لي (قوله لان الدين مال من وجه) أي بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف من وجه أي بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية التمليك ويتم بلا قبول وهي امارة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة والاسقاطات المحضة هي التي يحلف بها دون ما فيه معنى التمليك (قوله

ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى مافيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لاتتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان رب الدين اذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أجيب بان توقفه على ذلك لامن حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لاينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد باطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها أي لايقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعتاق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر وبطلانه لايؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة (والرقبى) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقبى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لاتفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري

واهما

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف جائزة) لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى

العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم أن قوله أو يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيأ منها فلفظ شيأ من كلامهم لامن كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط أن يعوضه شيأ معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لايصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا ظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لايساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فاشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا أن الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان

لما روينا) أراد به قوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده (قوله والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة) حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر

لك فصار كالعمرى (ولهما) ماروى الشعبى عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا) (وقوله ولان معنى الرقبى عندهما) يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها الا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ فى اللغة بعد استقرارها الاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى أجيب أنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه والله تعالى أعلم

(فصل فى الصدقة)

لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة وجعل لها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا فى الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسانا وفى القياس له الرجوع لان الغرض ثمة حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء فى جواز الرجوع كما انهما سواء فى حق الفقير فى عدمه ولكن العامة قالوا فى ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافى القربة

ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

(فصل فى الصدقة) قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة) لما بينا فى الهبة (ولا رجوع فى الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال

قوله دارى لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطران كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة دارى لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) فى الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله دارى لك رقبى عند كون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة دارى لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة دارى لك فى شئ كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها الا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ فى اللغة بعد استقرارها الاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبا يوسف قال بجوازها الا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ماذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافى وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب فى الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما فى العمرى وقالا المراقبة فى نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهى لى فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ماذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال فى هذا المقام وعندى قول أبى يوسف أصح اذ غاية ما فى الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما فى العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط

مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف رحمه الله هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة فى نفس التمليك لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك وكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله أعلم

(فصل فى الصدقة) (قوله لما بينا فى الهبة) أراد به قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة (قوله وكذا اذا تصدق على غنى استحسانا) أى لا رجوع فى الصدقة على الغنى أيضا كما لا رجوع فى الصدقة على الفقير ومن أصحابنا من يقول الصدقة على الغنى والهبة سواء يعنى فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به

المعبر *(فصل فى الصدقة)* (قوله فان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كان يكفى فى الايراد أن يقال حصول الثواب انما هو فى الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يخلف الميعاد

(ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين فى مسائل القضاء (و يقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

ثبوت التمليك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا محال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما اياها كما حققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال دارى لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبى حنيفة خلافا لابى يوسف والاصل أن الشرط فى الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة و يبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهى رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هى حبيس عندى فان مت فهى لك وتفسير الرقبى أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهى من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهى لك وان مت فهى لى فهى باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

العوض دون الثواب ألا ترى ان فى حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء فى ان المقصود الثواب فكذلك فى حق الغنى والهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع فى الهبة فكذلك فى الصدقة * ولكنا نقول فى ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغنى يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك نصابا وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع والله أعلم

(قوله ومن نذر أن يتصدق بماله الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها فى مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى مع الكفاية ويليه الجزء الثامن أوله كتاب الاجارات)




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)











